

تبيين الحقائق

للإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي المتوفى سنة ٧٤٣هـ

شرح

كنز الدقائق

للإمام أبي البركات حافظ الدين عبد الله بن أحمد النسفي المتوفى سنة ٧١٠هـ

ومعه

حاشية الإمام العلامة الشيخ الشلبي على هذا الشرح

تحقيق

الشيخ أحمد عزو عناية

تنبيه:

وضعنا متن «تبيين الحقائق» في أعلى الصفحات، ووضعنا أسفل منه حاشية الشيخ الشلبي مفصولاً بينهما بخط.

الجزء السادس

يحتوي على الكتب التالية:

الوديعة - العارية - الهبة - الإجارة - المكاتب - الولاء
الإكراه - الحجر - المأذون - الغصب - الشفعة - القسمة
المزارعة - المساقاة - الذبائح - الأضحية

منشورات
محمد علي بيضون
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف . شارع البحتري . بناية ملكارت
هاتف و فاكس : ٣٦٤٣٩٨ . ٣٦٦١٣٥ . ٣٧٨٥٤١ (١ ٩٦١) ٠٠
صندوق البريد : ٩٤٢٤ . ١١ بيروت . لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH
Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif,Bohtory st.,Melkart bldg., 1st Floor
Tel + Fax : 00 (961 1) -378541 - 366135 - 364398
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

ISBN 2-7451-2677-6



http://www.al-ilmiyah.com.lb/
e-mail : sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الوديعة

الإيداع هو تسليط الغير على حفظ ماله والوديعة ما يترك عند الأمين وهي أمانة فلا تضمن بالهلاك وللمودع أن يحفظها بنفسه وبعياله وإن حفظها بغيرهم ضمن إلا أن يخاف الحرق أو الغرق فيسلما إلى جاره أو فلك آخر وإن طلبها ربها فحبسها قادراً على تسليمها أو خلطها بماله حتى لا تتميز ضمنها وإن اختلطت بغير فعله اشتركا ولو أنفق بعضها فردّ مثله فخلطه بالباقي ضمن الكل وإن تعدّى فيه ثم زال التعدّي زال الضمان بخلاف المستعير والمستأجر وإقراره بعد جحوده وله أن يسافر بها عند عدم النهي والخوف ولو أودعا شيئاً لم يدفع المودع إلى أحدهما حظه وإن أودع رجل عند رجلين ما يقسم اقتسماه وحفظ كل نصفه ولو دفع إلى الآخر ضمن بخلاف ما لا يقسم ولو قال لا تدفع إلى عيالك أو احفظ في هذا البيت فدفعها إلى من لا بدّ له منه أو حفظه في بيت آخر من الدار لم يضمن وإن كان له منه بدّ أو حفظها في دار أخرى ضمن ضمن مودع الغاصب لا مودع المودع معه ألف ادّعى رجلان كل أنه له أودعه إياه فنكل لهما فالألف لهما وغرم آخر بينهما.

كتاب العارية

هي تمليك المنافع بغير عوض وتصح بأعرتك وأطعمتك أرضي ومنحتك ثوبي وحملتك على دابتي، وأخدمتك عبدي وداري لك سكنى، وداري لك عمري سكنى، ويرجع المعير متى شاء ولو هلكت بلا تعدّ لا يضمن ولا يؤجر ولا يرهن كالوديعة فإن آجر فعطب ضمن ويعير ما لا يختلف بالمستعمل فلو قيدها بوقت أو منفعة أو بهما لا يتجاوز عما سماه وعارية الثمنين والمكيل والموزون والمعدود قرض وإن أعار أرضاً للبناء أو للغرس صح وله أن يرجع ويكلفه قلعهما ولا يضمن إن لم يوقت وإن وقت فرجع قبله ضمن ما نقص بالقلع ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد وقت أو لم يوقت ومؤنة الردّ على المستعير والمودع والمؤجر والغاصب والمرتهن وإن ردّ المستعير الدابة إلى اصطبل مالكها أو العبد إلى دار المالك برئ

بخلاف المغصوب والوديعة وإن ردّ المستعير الدابة مع عبده أو أجيره مشاهرة أو مع عبد رب الدابة أو أجيره بريء بخلاف الأجنبي ويكتب المعار أطعمتني أرضك.

كتاب الهبة

هي تمليك العين بلا عوض وتصح بإيجاب وهبت ونَحَلت وأطعمتك هذا الطعام وجعلته لك وأعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة ناوياً به الهبة وكسوتك هذا الثوب وداري لك هبة تسكنها لا هبة سكنى أو سكنى هبة وقبول وقبض بلا إذن في المجلس وبعده به في محوز مقسوم ومشاع لا يقسم لا فيما يقسم فإن قسمه وسلمه صح وإن وهب دقيقاً في برّ لا وإن طحن وسلم وكذا الدهن في السمسم والسمن في اللبن وملك بلا قبض جديد لو في يد الموهوب له وهبة الأب لطفله تتم بالعقد وإن وهب له أجنبي يتم يقبض وليه وأمّه وأجنبي لو في حجرهما وبقبضه إن عقل ويجوز قبض زوج الصغيرة ما وهب لها بعد الزفاف ولو وهب اثنان داراً لواحد صح لا عكسه وصح تصدّق عشرة وهبتها لفقيرين لا لغنيين.

باب الرجوع في هبة

صح الرجوع فيها ومنع الرجوع دمع خزقه فالدال الزيادة المتصلة كالغرس والبناء والسمن والميم موت أحد المتعاقدين والعين العوض فإن قال خذه عوض هبتك أو بدلها أو بمقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع وصح من أجنبي وإن استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض وبعكسه لا حتى يردّ ما بقي ولو عوّض النصف رجع بما لم يعوّض والخاء خروج الهبة عن ملك الموهوب له وببيع نصفها رجع في النصف كعدم بيع شيء والزاي الزوجية فلو وهب ثم نكح رجع وبالعكس لا والقاف القرابة فلو وهب لذي رحم محرم منه لا يرجع فيها والهاء الهلاك فلو ادّعاه صدّق وإنما يصح الرجوع بتراضيهما أو بحكم الحاكم فإن تلفت الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن والهبة بشرط العوض هبة ابتداء فيشترط التقابض في العوضين وتبطل بالشيوع بيع انتهاء فتردّ بالعيب وخيار الرؤية وتؤخذ بالشفعة.

فصـــل

ومن وهب أمة إلا حملها أو على أن يردّها عليه أو يعتقها أو يستولدها أو داراً على أن يردّ عليه شيئاً منها أو يعوّضه شيئاً منها صحت الهبة وبطل الاستثناء والشرط

ومن قال لمديونه إذا جاء غد فهو لك أو أنت منه بريء أو إن أدّيت إليّ نصفه فلك نصفه أو أنت بريءمن النصف الباقي فهو باطل وصح العمري للمعمر له حال حياته ولورثته بعد موته وهي أن يجعل داره له عمره فإذا مات تردّ عليه لا الرقبي أي إن مت قبلك فهي لك والصدقة كالهبة لا تصح إلا بالقبض ولا في مشاع يحتمل القسمة ولا رجوع فيها.

كتاب الإجارة

هي بيع منفعة معلومة بأجر معلوم وما صح ثمناً صح أجرة والمنفعة تعلم ببيان المدة كالسكنى والزراعة فيصح على مدة معلومة أيّ مدة كانت ولا يزاد في الأوقاف على ثلاث سنين أو بالتسمية كالاستئجار على صبغ الثوب وخياطته أو بالإشارة كالاستئجار على نقل هذا الطعام إلى كذا والأجرة لا تملك بالعقد بل بالتعجيل أو بشرطه أو بالاستيفاء أو بالتمكن منه فإن غصبت منه سقط الأجر ولرب الدار والأرض طلب الأجر كل يوم وللجمال كل مرحلة وللقصار والخياط بعد الفراغ من عمله وللخباز بعد إخراج الخبز من التنور فإن أخرجه فاحترق فله الأجر ولا ضمان عليه وللطباخ بعد الغرف وللبان بعد الإقامة ومن لعمله أثر في العين كالصباغ والقصار يحبسها للأجر وإن حبس فضاع فلا ضمان ولا أجر ومن لا أثر لعمله كالحمال والملاح لا يحبس للأجر ولا يستعمل غيره إن شرط عمله بنفسه وإن أطلق كان له أن يستأجر غيره وإن استأجره ليجئ بعياله فمات بعضهم فجاء بما بقي فله أجره بحسابه ولا أجر لحامل الكتاب للجواب ولا لحامل الطعام إن ردّه للموت.

باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافاً فيها

صح إجارة الدور والحوانيت بلا بيان ما يعمل فيها وله أن يعمل فيها كل شيء إلا أنه لا يسكن حدّاداً أو قصاراً أو طحاناً والأراضي للزراعة إن بيّن ما يزرع فيها أو قال على أن يزرع فيها ما شاء وللبناء والغرس فإن مضت المدّة قلعهما وسلمهما فارغة إلا أن يغرم له المؤجر قيمته مقلوعاً ويتملكه أو يرضى بتركه ويكون البناء والغرس لهذا والأرض لهذا والرطبة كالشجر والزرع يترك بأجر المثل إلى أن يدرك والدابة للركوب والحمل والثوب للبس وإن أطلق أركب وألبس من شاء وإن قيد براكب ولابس فخالف ضمن ومثله ما يختلف بالمستعمل وفيما لا يختلف به بطل تقييده كما لو شرط سكنى واحد له أن يسكن غيره وإن سمى نوعاً وقدراً ككرّ بر له حمل مثله وأخف لا

أضر كالملح وإن عطبت بالأرداف ضمن النصف وبالزيادة على الحمل المسمى ما زاد وبالضرب والكبح ونزع السرج والإيكاف أو الإسراج بما لا يسرج بمثله وسلوك طريق غير ما عينه وتفاوتاً وحمله في البحر الكل وإن بلغ فله الأجر وبزرع رطبة وأذن بالبر ما نقص ولا أجر وبخياطة قباء وأمر بقميص قيمة ثوبه وله أخذ القباء ودفع أجر مثله.

باب الإجارة الفاسدة

يفسد الإجارة الشروط وله أجر مثله لا يجاوز به المسمى وإن آجر داراً كل شهر بدرهم صح في شهر فقط إلا أن يسمى الكل وكل شهر سكن أوّله ساعة صح فيه وإن استأجرها سنة صح وإن لم يسم أجرة كل شهر وابتداء المدة وقت العقد فإن كان حين يهل تعتبر الأهلة وإلا فالأيام وصح أخذ أجرة الحمام والحجام لا أجرة عسب التيس والأذان والحج والإمامة وتعليم القرآن والفقه والفتوى اليوم على جواز الاستئجار لتعليم القرآن ولا يجوز على الغناء والنوح والملاهي وفسد إجارة المشاع إلا من الشريك وصح استئجار الظئر بأجرة معلومة وبطعامها وكسوتها ولا يمنع الزوج من وطئها وإن مرضت أو حبلت فسخت وعليها إصلاح طعام الصبي فإن أرضعته بلبن شاة فلا أجر ولو دفع غزلاً لينسجه بنصفه أو استأجره ليحمل طعامه بقفيز منه أو ليخبز له كذا اليوم بدرهم لم يجز وإن استأجر أرضاً على أن يكربها ويزرعها أو يسقيها ويزرعها صح وإن شرط أن يثنيها أو يكري أنهارها أو يسرقنها أو يزرعها بزراعة أرض أخرى لا كإجارة السكنى بالسكنى ولو استأجره لحمل طعام بينهما فلا أجر له كراهن استأجر الرهن من المرتهن ومن استأجر أرضاً ولم يذكر أنه يزرعها أو أيّ شيء يزرعها فزرعها فمضى الأجل فله المسمى وإن استأجر حماراً إلى مكة ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق لم يضمن وإن بلغ مكة فله المسمى وإن تشاحا قبل الزرع والحمل نقضت الإجارة دفعاً للفساد.

باب ضمان الأجير

الأجير المشترك من يعمل لغير واحد ولا يستحق الأجر حتى يعمل كالقصار والصباغ والمتاع في يده غير مضمون بالهلاك وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشدّ به الحمل وغرق السفينة من مدّها مضمون ولا يضمن به بني آدم وإن انكسر دنّ في الطريق ضمن الحمال قيمته في مكان حمله ولا أجر أو في موضع الكسر وأجره بحسابه ولا يضمن حجام أو بزاغ أو فصاد لم يعد

الموضع المعتاد والخاص يستحق الأجر بتسليم نفسه في المدّة وإن لم يعمل كمن استؤجر شهراً للخدمة أو لرعي الغنم ولا يضمن ما تلف في يده أو بعمله وصح ترديد الأجر بترديد العمل في الثوب نوعاً وزماناً في الأوّل وفي الدكان والبيت والدابة مسافة وحملاً ولا يسافر بعبد استأجره للخدمة بلا شرط ولا يأخذ المستأجر من عبد محجور أجراً دفعه إليه لعمله ولا يضمن غاصب العبد ما أكل من أجره ولو وجده ربه أخذه وصح قبض العبد أجره ولو آجر عبده هذين الشهرين شهراً بأربعة وشهراً بخمسة صح والأول بأربعة ولو اختلفا في إباق العبد ومرضه حكم الحال والقول لرب الثوب في القميص والقباء والحمرة والصفرة والأجر وعدمه.

باب فسخِ الإجارة

وتفسخ بالعيب وخراب الدار وانقطاع ماء الضيعة والرحى وتنفسخ بموت أحد المتعاقدين إن عقدها لنفسه وإن عقدها لغيره لا كالوكيل والوصي والمتولي في الوقف وتفسخ بخيار الشرط والرؤية وبالعذر وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به كمن استأجر رجلاً ليقلع ضرسه فسكن الوجع أو ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت منه أو حانوتاً ليتجر فيه فأفلس أو آجره ولزمه دين بعيان أو ببيان أو بإقرار ولا مال له غيره أو استأجر دابة للسفر فبدا له منه لا للمكاري ولو أحرق حصائد أرض مستأجرة أو مستعارة فاحترق شيء في أرض غيره لم يضمن وإن أقعد خياط أو صباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف صح وإن استأجر جملاً ليحمل عليه محملاً وراكبين إلى مكة صح وله المحمل المعتاد ورؤيته أحب ولمقدار زاد فأكل منه ردّ عوضه وتصح الإجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكفالة والإيصاء والوصية والقضاء والإمارة والطلاق والعتق والوقف مضافاً لا البيع وإجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال وإبراء الدين.

كتاب المكاتب

الكتابة تحرير المملوك يداً في الحال ورقبة في المآل كاتب مملوكه ولو صغيراً يعقل بمال حال أو مؤجل أو منجم وقبل صح وكذا إذا قال جعلت عليك ألفاً تؤديه نجوماً أوّل النجم كذا وآخره كذا فإذا أدّيته فأنت حرّ وإلا فقنّ فيخرج من يده دون ملكه وغرم إن وطئ مكاتبته أو جنى عليها أو على ولدها أو أتلف مالها وإن كاتبه

على خمر أو خنزير أو قيمته أو عين لغيره أو مائة ليردّ سيده عليه وصيفاً فسد فإن أدّى الخمر عتق وسعى في قيمته ولم ينقص من المسمى وزيد عليه وصح على حيوان غير موصوف أو كاتب كافر عبده الكافر على خمر وأيّ أسلم فله قيمة الخمر وعتق بقبضها.

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله

للمكاتب البيع والشراء والسفر وإن شرط أن لا يخرج من المصر وتزويج أمته وكتابة عبده والولاء له إن أدّى بعد عتقه وإلا لسيده لا التزوّج بلا إذن والهبة والتصدّق إلا بيسير والتكفل والإقراض وإعتاق عبده ولو بمال وبيع نفسه منه وتزويج عبده والأب والوصي في رقيق الصغير كالمكاتب ولا يملك مضارب وشريك شيئاً منه ولو اشترى أباه أو ابنه تكاتب عليه ولو أخاه ونحوه لا ولو اشترى أمّ ولده معه لم يجز بيعها وإن ولد له من أمته ولد تكاتب عليه وكسبه له وإن زوّج أمته من عبده وكاتبهما فولدت دخل في كتابتها وكسبه لها مكاتب أو مأذون نكح بإذن حرّة بزعمها فولدت فاستحقت فولدها عبد وإن وطئ أمة بشراء فاسد فردّت فالعقر في المكاتبة ولو بنكاح أخذ به مذ عتق.

فصـــل

ولدت مكاتبة من سيدها مضت على كتابتها أو عجزت وهي أمّ ولده وإن كاتب أمّ ولده أو مدبره صح وعتقت مجاناً بموته وسعى المدبر في ثلثي قيمته أو كل البدل بموته فقيراً وإن دبر مكاتبه صح وإن عجز بقي مدبراً وإلا سعى في ثلثي قيمته أو ثلثي البدل بموته معسراً وإن أعتق مكاتبه عتق وسقط بدل الكتابة وإن كاتبه على ألف مؤجل فصالحه على نصف حال صح مات مريض كاتب عبده على ألفين إلى سنة وقيمته ألف ولم تجز الورثة أدّى ثلثي البدل حالاً والباقي إلى أجله أو ردّ رقيقاً وإن كاتبه على ألف إلى سنة وقيمته ألفان ولم يجيزوا أدّى ثلثي القيمة حالاً أو ردّ رقيقاً حر كاتب عن عبد بألف وأدّى عتق وإن قبل العبد فهو مكاتب وإن كاتب الحاضر والغائب وقبل الحاضر صح وأيّ أدّى عتقا ولا يرجع على صاحبه ولا يؤخذ غائب بشيء وقبوله لغو وإن كاتبت الأمّة عن نفسها وعن ابنين صغيرين لها صح وأيّ أدّى لم يرجع.

باب كتابة العبد المشترك

عبد لهما أذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب حظه بألف ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعضه فعجز فالمقبوض للقابض أمة بينهما كاتباها فوطئها أحدهما فولدت فادّعاه ثم وطئها الآخر فولدت فادّعاه فعجزت فهي أم ولد للأوّل وضمن لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها وضمن شريكه عقرها وقيمة الولد وهو ابنه وأيّ دفع العقر إلى المكاتبة صح وإن دبر الثاني ولم يطأها فعجزت بطل التدبير وهي أمّ ولد للأوّل وضمن لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها والولد للأوّل وإن كاتباها فحرّرها أحدهما موسراً فعجزت ضمن لشريكه نصف قيمتها ورجع به عليها عبد لهما دبره أحدهما ثم حرره الآخر للمدبر أن يضمن المعتق نصف قيمته، وإن حرره أحدهما ثم دبره الآخر لا يضمن المعتق.

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

مكاتب عجز عن نجم وله مال سيصل لم يعجزه الحاكم إلى ثلاثة أيام وإلا عجزه وفسخها أو سيده برضاه وعاد أحكام الرق وما في يده لسيده وإن مات وله مال لم يفسخ وتؤدّي كتابته من ماله وحكم بعتقه في آخر حياته وإن ترك ولداً ولد في كتابته لا وفاء سعى كأبيه على نجومها وإذا أدّى حكم بعتقه وعتق أبيه قبل موته ولو ترك ولداً مشترى عجل البدل حالاً أو ردّ رقيقاً وإن اشترى ابنه فمات وترك وفاء ورثه ابنه وكذا لو كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة ولو ترك ولداً من حرة وديناً فيه وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقضى به على عاقلة الأمّ لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب، وإن اختصم موالى الأمّ وموالي الأب في ولائه فقضى به لموالي الأمّ فهو قضاء بالعجز وما أدّى المكاتب من الصدقات وعجز طاب لسيده وإن جنى عبد فكاتبه سيده جاهلاً بها فعجز دفع أو فدى وكذا إن جنى مكاتب ولم يقض به فعجز فإن قضى به عليه في كتابته فعجز فهو دين بيع فيه وإن مات السيد لم تنفسخ الكتابة ويؤدّي المال إلى ورثته على نجومه وإن حرّروه عتق وإن حرّره بعض لم ينفذ عتقه.

كتاب الولاء

الولاء لمن أعتق ولو بتدبير وكتابة واستيلاد وملك قريب وشرط السائبة لغو ولو أعتق حاملاً من زوجها القن لا ينتقل ولاء الحمل عن مولى الأم أبداً فإن ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر فولاؤه لمولى الأم فإن عتق العبد جرّ ولاء ابنه إلى مواليه

عجمي تزوّج معتقة فولدت فولاء ولدها لمواليها وإن كان له ولاء الموالاة والمعتق مقدّم على ذوي الأرحام مؤخر عن العصبة النسبية فإن مات المولى ثم المعتق فميراثه لأقرب عصبة المولى وليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن.

فصــل

أسلم رجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه أو على يد غيره ووالاه صح وعقله على مولاه وإرثه له إن لم يكن له وارث وهو آخر ذوي الأرحام وله أن ينتقل عنه إلى غيره بمحضر من الآخر ما لم يعقل عنه وليس للمعتق أن يوالي أحداً ولو والت امرأة فولدت تبعها فيه.

كتاب الإكراه

هو فعل يفعله الإنسان بغيره فيزول به الرضا وشرطه قدرة المكره على تحقيق ما هدّد به سلطاناً كان أو لصاً وخوف المكره وقوع ما هدّد به فلو أكره على بيع أو شراء أو إقرار أو إجارة بقتل أو ضرب شديد أو حبس مديد خُيِّر بين أن يمضي البيع أو يفسخ ويثبت به الملك عند القبض للفساد وقبض الثمن طوعاً إجازة كالتسليم طائعاً وإن هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره والبائع مكره ضمن قيمته للبائع وللمكره أن يضمن المكره وعلى أكل لحم خنزير وميتة ودم وشرب خمر بضرب أو قيد لم يحل وحل بقتل وقطع وأثم بصبره وعلى الكفر وإتلاف مال مسلم بقتل وقطع لا بغيرهما يرخص ويثاب بالصبر وللمالك أن يضمن المكره وعلى قتل غيره بقتل لا يرخص وإن قتله أثم ويقتص من المكره فقط وعلى عتاق وطلاق ففعل وقع ورجع بقيمته ونصف المهر إن لم يطأها وعلى الردّة لم تبن امرأته.

كتاب الحجر

هو منع عن التصرف قولاً لا فعلاً بصغرٍ ورقٍ وجنون فلا يصح تصرف صبي وعبد بلا إذن ولي وسيد ولا تصرف المجنون المغلوب بحال ومن عقد منهم وهو يعقله يجيزه الولي أو يفسخه وإن أتلفوا شيئاً ضمنوا ولا ينفذ إقرار الصبي والمجنون وينفذ إقرار العبد في حقه لا في حق مولاه فلو أقر بمال لزمه بعد الحرية ولو أقر بحدّ أو قود لزمه في الحال لا بسفه فإن بلغ غير رشيد لم يدفع إليه ماله حتى يبلغ خمساً

وعشرين سنة ونفذ تصرفه قبله ويدفع إليه ماله إن بلغ المدّة مفسداً وفسق وغفلة ودين وإن طلب غرماؤه وحبس ليبيع ماله في دينه ولو ماله ودينه دراهم قضى بلا أمره ولو دينه دراهم وله دنانير أو بالعكس بيع في دينه ولم يبع عرضه وعقاره وإفلاس وإن أفلس مبتاع عين فبائعه أسوة الغرماء.

فصـــل

بلوغ الغلام بالاحتلام والإحبال والإنزال وإلا فحتى يتم له ثماني عشرة سنة والجارية بالحيض والاحتلام والحبل وإلا فحتى يتم لها سبع عشر سنة ويفتى بالبلوغ فيهما بخمس عشرة سنة وأدنى المدّة في حقه اثنتا عشرة سنة وفي حقها تسع سنين فإن راهقا وقالا قد بلغنا صدّقا وأحكامهما أحكام البالغين.

كتاب المأذون

الإذن فك الحجر وإسقاط الحق فلا يتوقت ولا يتخصص ويثبت بالسكوت إن رأى عبده يبيع ويشتري وإن أذن له عاماً لا بشراء شيء بعينه يبيع ويشتري ويوكل بهما ويرهن ويسترهن ويستأجر ويضارب ويؤجر نفسه ويقرّ بدين وغصب ووديعة ولا يتزوّج ولا يزوّج مملوكه ولا يكاتب ولا يعتق ولا يقرض ولا يهب ويهدي طعاماً يسيراً ويضيف من يطعمه ويحط من الثمن بعيب ودينه متعلق برقبته يباع فيه إن لم يفده سيده وقسم ثمنه بالحصص وما بقي طولب به بعد عتقه وينحجر بحجره إن علم به أكثر أهل سوقه وبموت سيده وجنونه ولحوقه بدار الحرب مرتداً وبالإباق والاستيلاد لا بالتدبير وضمن بهما قيمتهما للغرماء وإن أقرّ بما في يده بعد حجره صح ولا يملك سيده ما في يده لو أحاط دينه بماله ورقبته فبطل تحريره عبداً من كسبه وإن لم يحط صح ولم يصح بيعه من سيده إلا بمثل القيمة وإن باع سيده منه بمثل قيمته أو أقل صح ويبطل الثمن لو سلم قبل قبضه وله حبس المبيع بالثمن وصح إعتاقه وضمن قيمته لغرمائه وطولب بما بقي لغرمائه بعد عتقه وإن باعه سيده وغيبه المشتري ضمن الغرماء البائع قيمته وإن ردّ عليه بعيب رجع بقيمته وحق الغرماء في العبد أو مشتريه أو أجازوا البيع وأخذوا الثمن وإن باعه سيده وأعلم بالدين فللغرماء ردّ البيع وإن غاب البائع فالمشتري ليس بخصم لهم ومن قدم مصراً وقال أنا عبد زيد فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة ولا يباع حتى يحضر سيده فإن حضر وأقر بإذنه بيع وإلا فلا وإن أذن للصبي أو المعتوه الذي يعقل البيع والشراء وليه فهو في الشراء والبيع كالعبد المأذون له.

كتاب الغصب

هو إزالة اليد المحقة بإثبات اليد المبطلة فالاستخدام والحمل على الدابة غصب لا الجلوس على البساط ويجب ردّ عينه في مكان غصبه أو مثله إن هلك وهو مثلي وإن انصرم المثليّ فقيمته يوم الخصومة وما لا مثل له فقيمته يوم غصبه فإن ادّعى هلاكه حبسه الحاكم حتى يعلم أنه لو بقي لأظهره ثم قضى عليه ببدله والغصب فيما ينقل فإن غصب عقاراً وهلك في يده لم يضمنه وما نقص بسكناه وزراعته ضمن النقصان كما في النقلي وإن استغله تصدّق بالغلة كما لو تصرف في المغصوب والوديعة وربح وملك بلا حل انتفاع قبل أداء الضمان بشيّ وطبخ وطحن وزرع واتخاذ سيف وإناء غير الحجرين وبناء على ساحة ولو ذبح شاة أو خرق ثوباً فاحشاً ضمن القيمة وسلم المغصوب إليه أو ضمن النقصان وفي الخرق اليسير ضمن نقصانه ولو غرس أو بنى في أرض الغير قلعا وردّت وإن نقصت الأرض بالقلع ضمن له البناء والغرس مقلوعاً ويكون له وإن صبغ أولت السويق بسمن ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق أو أخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن.

فصـــل

غيب المغصوب وضمن قيمته ملكه والقول في القيمة للغاصب مع يمينه والبينة للمالك فإن ظهر وقيمته أكثر وقد ضمنه بقول المالك أو ببينته أو بنكول الغاصب فهو للغاصب ولا خيار للمالك وإن ضمنه بيمين الغاصب فالمالك يمضي الضمان أو يأخذ المغصوب ويردّ العوض وإن باع المغصوب فضمنه المالك نفذ بيعه وإن حرره ثم ضمنه لا وزوائد المغصوب أمانة فتضمن بالتعدّي أو بالمنع بعد طلب المالك وما نقصت الجارية بالولادة مضمون ويجبر بولدها ولو زنى بمغصوبة فردّت فماتت بالولادة ضمن قيمتها ولا تضمن الحرة ومنافع الغصب وخمر المسلم وخنزيره بالإتلاف وضمن لو كان لذمي وإن غصب خمراً من مسلم فخلل أو جلد ميتة فدبغ فللمالك أخذهما وردّ ما زاد الدباغ وإن أتلفهما ضمن الخل فقط ومن كسر معزفاً أو أراق سكراً أو منصفاً ضمن وصح بيع هذه الأشياء ومن غصب أمّ ولد أو مدبرة فماتت ضمن قيمة المدبرة لا أمّ الولد.

كتاب الشفعة

هي تملك البقعة جبراً على المشتري بما قام عليه وتجب للخليط في نفس

المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق إن كان خاصاً ثم للجار الملاصق والشريك في خشبة على الحائط وواضع الجذوع على الحائط جار على عدد الرؤوس بالبيع وتستقر بالإشهاد وتملك بالأخذ بالتراضي أو قضاء القاضي.

باب طلب الشفعة

فإن علم الشفيع بالبيع أشهد في مجلسه على الطلب ثم على البائع لو في يده ثم لا تسقط بالتأخير فإن طلب عند القاضي سأل المدّعي عليه فإن أقر بملك ما يشفع به أو نكل أو برهن الشفيع سأله عن الشراء فإن أقر به أو نكل أو برهن الشفيع قضى بها ولا يلزم الشفيع إحضار الثمن وقت الدعوى بل بعد القضاء وخاصم البائع لو في يده ولا يسمع البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهده والعهدة على البائع والوكيل بالشراء خصم للشفيع ما لم يسلم إلى الموكل وللشفيع خيار الرؤية والعيب وإن شرط المشتري البراءة منه وإن اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول للمشتري وإن برهنا فللشفيع وإن ادّعى المشتري ثمناً وادّعى بائعه أقل منه ولم يقبض الثمن أخذها الشفيع بما قال البائع وإن قبض أخذها بما قال المشتري وحط البعض يظهر في حق الشفيع لا حط الكل والزيادة وإن اشترى داراً بعرض أو عقار أخذها الشفيع بقيمته وبمثله لو مثلياً وبحال لو مؤجلاً أو يصبر حتى يمضي الأجل فيأخذها وبمثل الخمر وقيمة الخنزير إن كان الشفيع ذمّياً وبقيمتهما لو مسلماً وبالثمن وقيمة البناء والغرس لو بنى المشتري أو غرس أو كلف المشتري قلعهما وإن فعلهما الشفيع فاستحقت رجع بالثمن فقط وبكل الثمن إن خربت الدار أو جف الشجر وبحصة العرصة إن نقض المشتري البناء والنقض له وبثمرها إن ابتاع أرضاً ونخلاً وتمراً أو أثمر في يده وإن جدّه المشتري سقط حصته من الثمن.

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

إنما تجب الشفعة في عقار ملك بعوض هو مال لا في عرض وفلك وبناء ونخل بيعا بلا عرصة ودار جعلت مهراً أو أجرة أو بدل خلع أو بدل صلح عن دم عمد أو عوض عتق أو وهبت بلا عوض مشروط أو بيعت بخيار للبائع أو بيعت فاسداً ما لم يسقط حق الفسخ بالبناء أو قسمت بين الشركاء أو سلمت شفعته ثم ردّت بخيار رؤية أو شرط أو عيب بقضاء وتجب لو ردّت بلا قضاء أو تقايلا.

باب ما تبطل به الشفعة

وتبطل بترك المواثبة أو التقرير وبالصلح عن الشفعة على عوض وعليه رده وبموت الشفيع لا المشتري وببيع ما يشفع به قبل القضاء بالشفعة ولا شفعة لمن باع أو بيع له أو ضمن الدرك عن البائع ومن ابتاع أو ابتيع له فله الشفعة وإن قيل للشفيع إنها بيعت بألف فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل أو ببر أو شعير قيمته ألف أو أكثر فله الشفعة ولو بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة له وإن قيل له إنَّ المشتري فلان فسلم فبان أنه غيره فله الشفعة وإن باعها إلا ذراعاً في جانب الشفيع فلا شفعة له وإن ابتاع منها سهماً بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الأول فقط وإن ابتاعها بثمن ثم دفع ثوباً عنه فالشفعة بالثمن لا بالثوب ولا تكره الحيلة لإسقاط الشفعة والزكاة وأخذ حظ البعض يتعدد بتعدد المشتري لا بتعدد البائع وإن اشترى نصف دار غير مقسوم أخذ الشفيع حظ المشتري بقسمته وللعبد المديون الأخذ بالشفعة من سيده كعكسه وصح تسليم الشفعة من الأب والوصي والوكيل.

كتاب القسمة

هي جمع نصيب شائع في معين وتشتمل على الإفراز والمبادلة وهو الظاهر في المثلي فيأخذ حظه حال غيبة صاحبه وهي في غيره فلا يأخذ ويجبر في متحد الجنس عند طلب أحد الشركاء لا في غيره وندب نصب قاسم رزقه في بيت المال ليقسم بلا أجر وإلا نصب قاسم يقسم بأجر بعدد الرؤوس ويجب أن يكون عدلاً أميناً عالماً بالقسمة ولا يتعين قاسم واحد ولا يشترك القسام ولا يقسم العقار بين الورثة بإقرارهم حتى يبرهنوا على الموت وعدد الورثة ويقسم في المنقول والعقار المشتري ودعوى الملك ولو برهنا أن العقار في أيديهما لم يقسم حتى يبرهنا أنه لهما ولو برهنا على الموت وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب أو صبي قسم ونصب وكيل أو وصي يقبض نصيبه ولو كانوا مشترين وغاب أحدهم أو كان العقار في يد الوارث الغائب أو حضر وارث واحد لم يقسم وقسم بطلب أحدهم لو انتفع كل بنصيبه وإن تضرر الكل لم يقسم إلا برضاهم وإن انتفع البعض وتضرر البعض لقلة حظه قسم بطلب ذي الكثير فقط ويقسم العروض من جنس واحد ولا يقسم جنسان والجواهر والرقيق والحمام والبئر والرحا إلا برضاهم دور مشتركة أو دار وضيعة أو دار وحانوت قسم كل واحد على حدة ويصوِّر القاسم ما يقسمه ويعدله ويذرعه ويقوم البناء ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه ويلقب الأنصباء بالأول والثاني والثالث ويكتب

أساميهم ويقرع فمن خرج اسمه أولاً فله السهم الأول ومن خرج ثانياً فله السهم الثاني ولا تدخل في القسمة الدراهم إلا برضاهم وإن قسم ولأحدهم مسيل أو طريق في ملك الآخر لم يشترط في القسمة صرف عنه إن أمكن وإلا فسخت القسمة سفل له علو وسفل مجرد وعلو مجرد قُوّم كل واحد على حدة وقسم بالقيمة وتقبل شهادة القاسمين إن اختلفوا ولو ادعى أحدهم أن من نصيبه شيئاً في يد صاحبه وقد أقر بالاستيفاء لم يصدق إلا ببينة وإن قال استوفيت وأخذت بعضه صدق خصمه بحلفه وإن لم يقر بالاستيفاء وادعى أن ذا حظه ولم يسلم إليه وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة ولو ظهر غبن فاحش في القسمة تفسخ ولو استحق بعض شائع من حظه رجع بقسطه في حظ شريكه ولا تفسخ القسمة ولو تهايآ في سكنى دار أو دارين أو خدمة عبد أو عبدين أو غلة دار أو دارين صح وفي غلة عبد أو عبدين أو بغل أو بغلين أو ركوب بغل أو بغلين أو ثمرة شجرة أو لبن شاة لا .

كتاب المزارعة

هي عقد على الزرع ببعض الخارج وتصح بشرط صلاحية الأرض للزراعة وأهلية العاقدين وبيان المدة ورب البذر وجنسه وخط الآخر والتخلية بين الأرض والعامل والشركة في الخارج وأن تكون الأرض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر أو تكون الأرض لواحد والباقي لآخر أو يكون العمل لواحد والباقي لآخر فإن كانت الأرض والبقر لواحد والعمل والبذر لآخر أو كان البذر لأحدهما والباقي لآخر أو كان البذر والبقر لواحد والباقي لآخر أو شرطاً لأحدهما قفزاناً مسماة أو ما على الماذيانات والسواقي أو أن يرفع رب البذر بذره أو أن يرفع الخراج والباقي بينهما فسدت فيكون الخارج لرب البذر وللآخر أجر مثل عمله أو أرضه ولم يزد على ما شرط وإن صحت فالخارج على الشرط وإن لم يخرج شيء فلا شيء للعامل ومن أبى عن المضي أجبر إلا رب البذر وتبطل بموت أحدهما فإن مضت المدة والزرع لم يدرك فعلى المزارع أجر مثل أرضه حتى يدرك ونفقة الزرع عليهما بقدر حقوقهما كأجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية فإن شرطاه على العامل فسدت .

كتاب المساقاة

هي معاقدة دفع الأشجار إلى من يعمل فيها على أن الثمر بينهما وهي كالمزارعة وتصح في الشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان فإن دفع نخلاً فيه ثمرة مساقاة والثمرة تزيد بالعمل صحت وإن انتهت لا كالمزارعة وإذا فسدت فللعامل أجر

مثله وتبطل بالموت وتفسخ بالعذر كالمزارعة بأن يكون العامل سارقاً أو مريضاً لا يقدر على العمل.

كتاب الذبائح

هي جمع ذبيحة وهي اسم لما يذبح والذبح قطع الأوداج وحل ذبيحة مسلم وكتابي وصبي وامرأة وأخرس وأقلف لا مجوسي ووثني ومرتد ومحرم وتارك اسم اللّه عمداً وحل لو ناسياً وكره أن يذكر مع اسم اللّه غيره وأن يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وإن قال قبل التسمية والإضجاع جاز والذبح بين الحلق واللبة والمذبح المريء والحلقوم والودجان وقطع الثلاث كاف ولو بظفر وقرن وعظم وسن منزوع وليطة ومروة وما أنهر الدم إلا سناً وظفراً قائمين وندب حد الشفرة وكره النخع وقطع الرأس والذبح من القفا وذبح صيداً ستأنس وجرح نعم توحش أو تردّى في بئر وسن نحر الإبل وذبح البقر والغنم وكره عكسه وحل ولم يتذك جنين بذكاة أمه.

فصل فيما يحل وما لايحل

لا يؤكل ذو ناب ومخلب من سبع وطير وحل غراب الزرع لا الأبقع الذي يأكل الجيف والضبع والضب والزنبور والسلحفاة والحشرات والحمر الأهلية والبغل وحل الأرنب وذبح ما لا يؤكل لحمه يطهر لحمه وجلده إلا الآدمي والخنزير ولا يؤكل مائي إلا السمك غير طاف وحل بلا ذكاة كالجراد ولو ذبح شاة فتحركت أو خرج الدم حل وإلا لا إن لم يدر حياته وإن علم حل وإن لم يتحرك ولم يخرج الدم.

كتاب الأضحية

تجب على حر مسلم مقيم موسر عن نفسه لا عن طفله شاة أو سبع بدنة يوم النحر إلى آخر أيامه ولا يذبح مصري قبل الصلاة وذبح غيره ويضحى بالجماء والخصي والثولاء لا بالعمياء والعوراء والعجفاء والعرجاء ومقطوع أكثر الأذن أو الذنب أو العين أو الألية والأضحية من الإبل والبقر والغنم وجاز الثنى من الكل والجذع من الضأن وإن مات أحد السبعة وقال الورثة: اذبحوا عنه وعنكم صح، وإن كان شريك الستة نصرانياً أو مر يد اللحم لم يجز عن واحد منهم ويأكل من لحم الأضحية ويؤكل غنياً ويدخر وندب أن لا ينقص الصدقة من الثلث ويتصدق بجلدها أو يعمل منه نحو غربال وجراب وندب أن يذبح بيده إن علم ذلك وكره ذبح الكتابي ولو غلطا وذبح كل أضحية صاحبه صح ولا يضمنان.

كتاب الوديعة

[٧٤ ب/٣] قال رحمه الله: (الإيداع هو تسليط/ الغير على حفظ ماله والوديعة ما يترك عند الأمين) هذا في الشرع. وفي اللغة الوديعة مشتقة من الودع وهو مطلق الترك قال عليه الصلاة والسلام: «لينتهين أقوام عن ودعهم الجماعات أو ليختمن على قلوبهم أو ليكتبن من الغافلين»(١) أي: تركهم إياها. قال الله تعالى: ﴿ما ودعك ربك وما قلى﴾ [لضحى: ٣] قرئت بالتخفيف والتشديد **والمودع الشيء المتروك**. وقال عليه الصلاة والسلام: «الإيمان نور الله تعالى أودعه في قلوب المؤمنين»(٢) فعلى العبد أن يسأل التوفيق على حفظ وديعة الله تعالى وعلى حفظ جميع الأمانات فإنه فرض. قال النبي ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه»(٣) رواه أبو داود والترمذي. وقال عليه الصلاة والسلام: «أدّ الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك»(٤) رواه أبو

كتاب الوديعة

مناسبة هذا الكتاب بما تقدم مرت في أوّل الإقرار ثم ذكر بعده العارية والهبة والإجارة للتناسب بالترقي من الأدنى إلى الأعلى لأن الوديعة أمانة بلا تمليك شيء وفي العارية أمانة مع تمليك المنفعة لكن بلا عوض، وفي الهبة تمليك عين بلا عوض وهي الهبة المحضة التي ليس فيه معنى البيع، وفي الإجارة تمليك منفعة بعوض وفيه معنى اللزوم وما كان لازماً أقوى وأعلى مما كان ليس بلازم فكان في الكل الترقي من الأدنى إلى الأعلى، فاوّل القطر غيث ثم ينسكب. ثم اعلم أن عقد الوديعة مشروع مندوب إليه والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾ [المائدة: ١٠٢]، وهو تعاون على البر لأن فيه إعانة لصاحبها بحفظ ماله وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من ائتمن أمانة فليؤدّها»(٥) ولا خلاف بين الأمة في ذلك اهـ إتقاني. وكتب على قوله الوديعة ما نصه فعيلة بمعنى مفعولة اهـ مصباح. **قوله: (والمودع الشيء المتروك)** قال في المُغرب: يقال:

---

(١) أخرجه مسلم في الجمعة (٨٦٥)، والنسائي في الجمعة (١٣٧٠)، وابن ماجه في المساجد والجماعات (٧٩٤)، وأحمد في مسنده (٢١٣٣)، والدارمي في الصلاة (١٥٧٠).

(٢) لم أعثر عليه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أخرجه الترمذي في البيوع (١٢٦٤)، وأبو داود في البيوع (٣٥٣٤)، وأحمد في مسنده (١٤٩٩٨).

(٥) أخرجه أحمد في مسنده (٢٠١٧٢).

داود والترمذي وقال حديث حسن. وقال الله تعالى: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدّوا الأمانات إلى أهلها﴾ [النساء: ٥٨]. وحفظها يوجب سعادة الدارين والخيانة توجب الشقاء فيهما. قال عليه الصلاة والسلام: «الأمانة تجرّ الغنى والخيانة تجرّ الفقر». ورُوي أن زليخا لما ابتليت بالفقر وابيضت عيناها من الحزن على يوسف عليه السلام جلست على قارعة الطريق في زي الفقراء فمرّ بها يوسف عليه السلام فقامت تنادي أيها الملك اسمع كلامي فوقف يوسف عليه السلام فقالت: الأمانة أقامت المملوك مقام الملوك والخيانة أقامت الملوك مقام المملوك فسأل عنها يوسف عليه السلام فقيل: إنها زليخا فتزوّجها مرحمة عليها. ثم شرط الوديعة إثبات اليد عليها **عند الاستحفاظ** وركنها قول المودع أودعتك هذا المال أو **ما يقوم مقامه** من الأقوال والأفعال والقبول من المودع بالقول والفعل أو بالفعل فقط **وحكمها وجوب الحفظ على المستودع** ووجوب الأداء عند الطلب وصيرورة المال أمانة في يده.

قال رحمه الله: (**وهي أمانة فلا تضمن بالهلاك**) لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا ضمان على مؤتمن»[١]. رواه الدارقطني. ولأن المودع متبرّع في الحفظ وما على

أودعت زيداً مالاً واستودعته إياه إذا دفعته إليه ليكون عنده فأنا مودع ومستودِع بالكسر وزيد مودع ومستودَع بالفتح والمال مودع ومستودع أيضاً أي وديعة اهـ (فرع) في صورة وضع المال عند آخر وذهابه وتركه أو إلقاء الريح في بيته كان قابلاً للوديعة عرفاً بالسكوت وكذا لو قال لصاحب الحمام: أين أضع ثيابي، فقال الحمامي: ثمة فوضعه فسرقت يضمن الحمامي لتقصيره في الحفظ لأنه يصير بقوله قابلاً للوديعة إليه أشير في المبسوط والمغني وفتاوى قاضيخان. **قوله**: (**عند الاستحفاظ**) حتى لو أودع الآبق أو المال الساقط في البحر أو الطير الذي يطير في الهواء لا يصح وكون المودع مكلفاً شرط أيضاً ليجب عليه الحفظ اهـ كاكي. **قوله**: (**أو ما يقوم مقامه**) احفظ هذا الشيء أو خذ هذا الشيء وديعة عندك اهـ **قوله**: (**وحكمها وجوب الحفظ على المستودع**) حتى لو رأى إنساناً يسوقها وهو قادر على منعه فلم يمنعه يضمن لتركه الحفظ الملتزم بالعقد وهذا معنى قول مشايخنا أن المودع يؤاخذ بضمان العقد اهـ بدائع. وكتب ما نصه والإيجاب وحده كاف في حق الأمانة حتى لو قال المالك للغاصب: أودعتك المغصوب بريء عن الضمان من غير قبول لأن كون المال أمانة حكم مختص برب المال فيثبت به وحده، وأما وجوب الحفظ فيلزم المودع فلا بد من قبوله صريحاً أو دلاله اهـ شرح مجمع. **قوله في المتن**: (**وهي أمانة**) قال الإتقاني: وهذا من قبيل حمل العام على الخاص وهو جائز كما في قولك لإنسان حيوان ولا يجوز عكسه، لأن الوديعة عبارة عن كون الشيء أمانة باستحفاظ صاحبه عند غيره قصداً، والأمانة قد تكون

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى (٦ / ٢٨٩)، والدارقطني في سننه (٣ / ٤١).

المحسنين من سبيل. ولأن يده يد المالك فيكون هلاكها في يد المالك فلا يجب الضمان، ولأن للناس حاجة إلى الإيداع فلو ضمن المودع لامتنع الناس عن قبول الودائع فكانوا يحرجون بذلك وهلاكها لا يختلف بين أن يكون بشيء يمكن التحرّز عنه أو لا وبين أن هلك للأمين مال غيرها معها أو لم يهلك. وقال مالك رحمه الله: إنْ ادّعى أنها سرقت وحدها يضمن لمكان التهمة.

قال رحمه الله: (**وللمودع أن يحفظها بنفسه وبعياله**) لأن المطلوب منه أن يحفظها مثل ما يحفظ مال نفسه ومال نفسه يحفظه بمن في عياله من زوجته وولده ووالديه أو غيرهم والمعتبر فيه المساكنة لا النفقة عليه. ألا ترى أن المرأة إذا دفعت الوديعة إلى زوجها لا تضمن، ولو دفع إلى أجيره الذي استأجره مشاهرة ونفقته عليه لا يضمن. وعن محمد رحمه الله أن المودع إذا دفع الوديعة إلى وكيله وليس في عياله أو دفع إلى أمين من أمنائه ممن يثق به في ماله وليس في عياله لا يضمن لأنه حفظه مثل ما يحفظ ماله وجعله مثله. ولا يجب عليه أكثر من ذلك ذكره في النهاية ثم قال: وعليه الفتوى وعزاه إلى التمرتاشي وهو إلى الحلواني / ثم قال: وعن هذا لم [٧٥ /١ ٣] يشترط في التحفة في حفظ الوديعة بالعيال فقال: ويلزم المودع حفظه إذا قبل الوديعة على الوجه الذي يحفظ به ماله وذكر فيه أشياء حتى ذكر أن له أن يحفظ بشريك العنان والمفاوضة وعبده المأذون له الذي في يده ماله ثم قال: وبهذا يعلم أن العيال ليس بشرط في حفظ الوديعة.

قال رحمه الله: (**وإن حفظها بغيرهم ضمن**) أي بغير من في عياله لأن صاحبها

من غير قصد كما إذا هبت الريح وألقت ثوب إنسان في حجر غيره يكون ذلك أمانة عنده ولكن بلا قصد فعلى هذا قوله الوديعة أمانة أي هي غير مضمونة إذا هلكت من غير تعدٍ ثم قال الإتقاني: وذكر الفقيه أبو الليث السمرقندي في خزانة الفقه لا ضمان على المودع إلا في ثلاثة أشياء التقصير في الحفظ وخلطها بماله ومنعها من مالكها بعد الطلب ثم قال فيها أربعة نفر يجوز للمودع دفع الوديعة إليهم ولا يضمن عند تلفها الزوجة والولد والمملوك والأجير. ثم قال فيها: شيآن لا يوجبان الضمان مع الخلاف إذا قال: لا تدفع إلى زوجتك فدفع إليها وتلف، أو قال: احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من تلك الدار اهـ **قوله في المتن**: (**وللمودع أن يحفظها بنفسه وبعياله**) في الذخيرة الدفع إلى العيال إنما يجوز إذا كان من في عياله أميناً وإلا فلا يجوز اهـ (فرع) لو ادّعى المودع ردّ الوديعة يقبل قوله مع اليمين ذكره الشارح في أوّل الدعوى فليراجع اهـ **قوله في المتن**: (**وإن حفظها بغيرهم ضمن**) صورته أن يخرج من بيته ويترك الوديعة فيه وفي بيته غيره والإيداع أن ينقل الوديعة من بيته ويدفعها إلى أجنبي فإن قيل: ينبغي أن لا يضمن بالإيداع لما ذكر قبله أن

لم يرض بيد غيره والأيدي تختلف في الأمانة ولأن الشيء لا يتضمن مثله كالمضارب لا يضارب. والوضع في حرز غيره من غير استئجار له إيداع حتى يضمن به لأن الوضع في الحرز وضع في يد من في يده الحرز فيكون كالتسليم إليه.

قال رحمه اللّه: (**إلا أن يخاف** الحرق **أو الغرق** فيسلمها إلى جاره أو فلك آخر) لأن التسليم إلى جاره أو الإلقاء إلى سفينة أخرى عند إحاطة النار بداره وعند تخبط السفينة تعين حفظاً فلا يضمن به **ولا يصدّق على ذلك إلا** ببينة لأن تسليم الوديعة إلى غيره موجب للضمان ودعوى ضرورة دعوى مسقط له فلا يقبل إلا ببينة كما إذا أتلفها بالصرف في حاجته بإذن صاحبها. قالوا: هذا إذا لم يمكنه أن يدفعها إلى من هو في عياله، وإن أمكنه أن يحفظها في ذلك الوقت بعياله فدفعه إلى الأجنبي يضمن لأنه لا ضرورة له فيه، وكذا لو ألقاها في سفينة أخرى وهلكت قبل أن تستقر فيها بأن وقعت في البحر ابتداء أو بالتدحرج يضمن لأن الإتلاف حصل بفعله.

قال رحمه اللّه: (وإن طلبها ربها فحبسها قادراً على تسليمها أو خلطها بماله حتى لا تتميز ضمنها) لأنه متعدّ بالمنع بعد الطلب مع القدرة على تسليمها إذ لا يرضى صاحبها بإمساكها بعده فيكون معزولاً فصار يده عليها كيد الغاصب **فيضمن** وكذا بالخلط صار مستهلكاً متعدّياً إذ لا يمكنه الوصول إلى عين حقه بسبب فعله

الظاهر أنه التزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه، ومال نفسه يحفظ بالإيداع قلنا قوله: أن المالك رضي ويده تحفظه لا بيد غيره جواب عنه والمراد بقوله على الوجه الذي يحفظ مال نفسه أي بنفسه غالباً فإن الغالب أن يحفظ مال نفسه بنفسه اهـ كاكي. **قوله في المتن:** (**إلا أن يخاف**) استثناء من قوله ضمن اهـ إتقاني. وكتب ما نصه: ولو أراد سفراً فليس له أن يودع لأن السفر ليس بعذر اهـ بدائع. **قوله في المتن:** (**أو الغرق**) أو اللصوص اهـ إتقاني. **قوله:** (**ولا يصدق على ذلك إلا ببينة**) يعني لو أودع غيره وادعى أنه فعله عن عذر لا يصدق الخ وكتب ما نصه قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره قال أبو يوسف: ولا نصدقه على العذر حتى يقيم البينة. ثم قال: وكذلك قياس قول أبي حنيفة. وذلك أن الإيداع سبب للضمان فإذا ادعى سقوط الضمان للضرورة لم يقبل قوله كما لو ادّعى أن المالك أذن له في الإيداع، وقال في الخلاصة: فإن دفع لضرورة بأن احترق بيت المودع فدفعه إلى جاره وكذا فيما يشبه هذا اهـ اتقاني. وكتب أيضاً ما نصه: وفي المنتقى هذا إذا لم يعلم أن بيته احترق فإذا علم قبل قوله بلا بينة ذكره في الذخيرة اهـ **قوله:** (**فيضمن**) وقد قالوا: أن الواجب عليه التمكين من أخذها دون حملها إلى صاحبها قال في شرح الطحاوي: وكذلك لو جحد الوديعة ثم أقر بها صارت مضمونة عليه ولا يبرأ من ضمانها إلابالتسليم إلى صاحبها بخلاف المودع إذا خالف في الوديعة ثم ترك الخلاف

فيجب عليه الضمان ويملك المخلوط، ولا سبيل للمودع في المخلوط عند أبي حنيفة رحمه اللّه وقالا: إذا خلطها بجنسها شركه إن شاء لأنه لا يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكاً من وجه فيميل إلى أيهما شاء وهذا لأن القسمة فيما لا تتفاوت آحاده إفراز وتعيين حتى ملك كل واحد من الشريكين أن يأخذ حصته عيناً من غير قضاء ولا رضا فكان إمكان الوصول إلى عين حقه قائماً معنى فيتخير. وله أنه استهلاك من كل وجه لأنه فعل يتعذر معه الوصول إلى عين حقه، ولا يكون الاستهلاك من العباد أكثر من ذلك لأن إعدام المحل لا يدخل تحت قدرتهم فيصير ضامناً ولا معتبر بالقسمة لأنه توجبها الشركة ليصل كل واحد إلى حقه فلا تصلح أن تكون موجبة للشركة لأن حكم العلة لا يكون علة العلة، ثم قالوا: لا يباح للخالط التناول قبل أداء الضمان ولو أبرأ المودع الخالط لا سبيل للمودع على المخلوط عند أبي حنيفة رحمه اللّه، لأن حقه في الدين لا غير وقد سقط بإبرائه وعندهما يسقط الخيار وتتعين الشركة في المخلوط وفيه تظهر ثمرة الخلاف. ولو خلط المائع بخلاف جنسه كالزيت بالشيرج **يوجب انقطاع حق المالك بالضمان** لأنه استهلاك صورة ومعنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس / [٧٥ ب/٣] وتعين المبادلة ومن هذ القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لأن أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر فتعذر التمييز. وقيل: لا ينقطع بالإجماع لإمكان التمييز في الجملة، وقيل: القياس أن يكون المخلوط ملكاً للخالط عند أبي حنيفة رحمه اللّه، وفي الاستحسان لا يصير ولو خلط المائع بجنسه ينقطع حق المالك عند أبي حنيفة رضي اللّه تعالى عنه ما بينا. وعند أبي يوسف رحمه اللّه يجعل الأقل تابعاً للأكثر اعتباراً للغالب أجزاء. وعند محمد رحمه اللّه شركه بكل حال لأن الجنس لا يغلب الجنس عنده وقد مرّ في الرضاع، ولو خلطت الفضة بالفضة بعد الإذابة صار من المائعات لأنه مائع حقيقة عند الخلط فيكون على الخلاف المذكور.

قال رحمه اللّه: (**وإن اختلطت بغير فعله** اشتركا) لأن الضمان لا يجب عليه إلا

وعاد إلى الوفاق ارتفع الضمان عندنا وعند الشافعي لا يرتفع كالجحود اهـ إتقاني. (فرع) قال قاضيخان: دفعوا إلى رجل دراهم ليدفع الخراج عنهم فأخذها وشدّها في منديله ووضع في كمه فدخل المسجد فذهبت منه الدراهم وهو لا يدري كيف ذهبت وأصحاب المال لا يصدقونه قالوا: لا يكون ضامناً وهو كما لو قال: ذهبت الوديعة ولا أدري كيف ذهبت وثمة القول قوله مع اليمين ولا ضمان عليه اهـ **قوله**: (**يوجب انقطاع حق المالك بالضمان**) وهذا بالإجماع اهـ هداية. **قوله في المتن**: (**وإن اختلطت بغير فعله إلخ**) قال الحاكم الشهيد في مختصر الكرخي: فإن انشق الكيس في صندوقه فاختلطت بدراهمه فلا ضمان عليه وهما

بالتعدّي ولم يوجد إذْ لم يوجد منه فعل **فيشتركان** ضرورة وهذه شركة أملاك وقد بينا حكمها في الشركة.

قال رحمه اللّه: (ولو أنفق بعضها فرد مثله فخلطه بالباقي ضمن الكل) لأن البعض صار ضامناً له بالإنفاق لأنه متعد فيه **وصار للبعض الآخر ضامناً أيضاً** لكونه خلط ماله بها، لأن الضمان لا يصح إلا بالتسليم إلى صاحبه وقبله باق على ملكه فإذا خلطه بالوديعة صار مستهلكاً للوديعة فيضمن على ما بينا.

قال رحمه اللّه: (**وإن تعدّى** فيه ثم زال التعدّي زال الضمان بخلاف المستعير والمستأجر وإقراره بعد جحوده) وقال الشافعي رضي اللّه تعالى عنه: لا يبرأ عن الضمان لأن عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامناً للمنافاة بين الضمان والأمانة فلا يبرأ إلا بالردّ

فيه شريكان، وإن هلك بعضها هلك من مالهما جميعاً ويقسم الباقي بينهما على قدر ما كان لكل واحد منهما يعني إذا كان لأحدهما ألف وللآخر ألفان يقسم الباقي بينهما أثلاثاً لأنه اختلط بماله الآخر خلطا لا يمكن التمييز بينهما فثبتت الشركة بينهماحيث لم يجب الضمان لعدم التعدي لوجود ملك كل واحد منهما في بعضه. قال الولوالجي في فتاواه: هذا إذا كانت الدراهم صحاحاً أو مكسرة فإن كانت دراهم أحدهما صحاحاً ودراهم الآخر مكسرة فلا تثبت الشركة بينهما بل يميز ما لكل واحد منهما فيدفع إلى المودع ماله ويمسك المودع مال نفسه، لأنه يمكن التمييز بينهما، وإن كان مال أحدهما دراهم صحاحاً جياداً وفيها بعض الرديء ودراهم الآخر صحاحاً رديئة وفيها بعض الجياد تثبت الشركة بين المالين لأن هذا خلط لا يمكن التمييز بينهما ثم كيف يقتسمان، وإن تصادقا أن ثلثي مال أحدهما جياد ورديء. **قوله**: (**فيشتركان**) وهذا بالاتفاق اهـ هداية. **قوله**: (**وصار للبعض الآخر ضامناً أيضاً**) قال الولوالجي في فتاواه: وإن كانت الوديعة دراهم أو دنانير أو شيئاً من المكيل أو الموزون فأنفق طائفة منها في حاجته كان ضامناً لما أنفق منها لأنه أتلف بالإنفاق ولا يضمن ما بقي، لأنه لم يتلف فإن جاء بمثل ما أنفق وخلط بالباقي صار ضامناً لجميعها ما أنفق بالإتلاف وما بقي بالخلط هذا إذا لم يجعل على ماله علامة حين خلط بمال الوديعة، أما إذا كان علامة لا يضمن سوى ما أنفق لإمكان التمييز اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**وإن تعدّى إلخ**) قال الإتقاني: ولقب للمسألة إن المودع إذا خالف في الوديعة ثم عاد إلى الوفاق يبرأ عن الضمان عندنا خلافاً لزفر والشافعي كذا في نسخ طريقة الخلاف، وقال في التحفة: وفي المستأجر والمستعير إذا خالفا ثم تركا الخلاف بقي الضمان وعند بعضهم هذا بمنزلة المودع كذا في التحفة، وقال في خلاصة الفتاوى: وفي الإجارة والإعارة الأصح أنه لا يبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق. واختلف المشايخ في أن العين بالخلاف هل تدخل في ضمانه أم لا، قال بعضهم: لا تدخل في ضمانه حتى لو هلك في حالة الخلاف

على صاحبها **ولا تعود الأمانة إلا بعقد جديد** فصار كالمستعير والمستأجر وكالجحود. ولنا أنه مأمور بالحفظ وقد وجد وهذا لأن الأمر بالحفظ مطلق فيتناول الأوقات كلها فإذا خالف في البعض ارتفع حكم العقد في ذلك البعض فإذا رجع إلى الوفاق في غيره أتى بالمأمور به فيه فارتفع الخلاف ضرورة فتعود الأمانة كما إذا استأجر أجيراً للحفظ في مدّة فترك الحفظ في بعضها ثم عاد فإنه يستحق الأجر بقدره بخلاف المستعير **والمستأجر للعين إذا تعدّى** في العين المستعارة والمستأجرة، ثم زال التعدّي حيث لا يبرأ عن الضمان لأن البراءة من الضمان إنما تكون بإعادة يد المالك حقيقة أو حكماً ولم يوجد ذلك لأن قبضهما العين كان لأنفسهما لاستيفاء المنافع فإذا تركا الخلاف لم يوجد الردّ إلى صاحبها لا حقيقة ولا حكماً بخلاف المودع فإن يده يد المالك حكماً لأنه عامل له في الحفظ، فإذا ترك الخلاف فقد ردّها إلى يد صاحبها حكماً فبرئ، إذّ هو نائب عنه. وبخلاف الجحود لأن الجحود رفع للعقد فينفسخ به العقد فلا يعود إلا بعقد جديد كالأحكام الشرعية فإنه بالجحود ينتقض إيمانه فلا يعود مسلماً إلا بعقد جديد وبالمخالفة فعلاً لا ينتقض حتى إذا عاد إلى الوفاق صح. ولهذا جحود الوكيل الوكالة يكون فسخاً، وكذا جحود أحد المتبايعين البيع ولأنه لما جحد بحضرته عزل نفسه وهو يملك ذلك بحضرته وينفرد به، ولأنه لما طالبه المودع فقد عزله فيكون هو بعد ذلك بالإمساك غاصباً. ولو عاد إلى الإقرار وهذا معنى قوله في المختصر بخلاف المستعير والمستأجر وإقراره بعد جحوده. وقال أبو يوسف رحمه

لا يضمن وإليه ذهب الفقيه أبو جعفر الهندواني. والصحيح أنه يدخل في ضمانه بالخلاف فإن محمداً نص في الكتاب أنه إذا هلك في حالة الخلاف واختلفا في القيمة فالقول قول المودع والبينة بينة المالك كذا ذكر الإمام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وقال في الطريقة البرهانية[١] والأصح أن العين تدخل في ضمانه، لأن محمداً ذكر بلفظ البراءة والبراءة إنما تكون بعد الوجوب اهـ إتقاني. وكتب على قوله في المتن وإن تعدّى ما نصه بأنْ كانت دابة فركبها أو ثوباً فلبسه أو عبداً فاستخدمه أو أودعه عند غيره اهـ هداية. **قوله: (ولا تعود الأمانة إلا بعقد جديد)** والحاصل أنهما اعتبرا الخلاف فعلاً بالخلاف قولاً. فإذا جحد الوديعة ثم أقر لا يبرأ عن الضمان فكذا هنا اهـ غاية. **قوله: (والمستأجر للعين إذا تعدّى إلخ)** بأن استأجر دابة إلى مكان معين ثم جاوزه ثم عاد إليه فإنه لا يبرأ، ومن أصحابنا من قال: إنْ كان استأجرها ذاهباً وجائياً يبرأ عن الضمان، وإن كان استأجرها ذاهباً لا جائياً لا يبرأ عن الضمان لأن العقد قد انتهى بالوصول إلى ذلك المكان وبالعود إليه لا يعود العقد بينهما اهـ

---

(١) هي لمحمود بن الصدر السعيد تاج الدين أحمد بن الصدر الكبير برهان الدين عبد العزيز بن عمر ابن مازه برهان الدين. انظر الفوائد البهية (ص٢٠٥).

[٧٦ / ٣/ أ] اللّه لو جحدها/ عند غير صاحبها **أو عنده حين سأله عن حالها** من غير أن يطلب منه الرد أو طلب منه الردّ عند من يخاف عليها منه فجحدها لا يضمن، لأن الجحود في هذه الصور من باب الحفظ وهو مأمور به فلا يعدّ إنكاراً ولا خلافاً وإنما هو إتقان للحفظ ولأنه لا يملك عزل نفسه حال غيبته ولم يعزله صاحبه فيكون باقياً على حاله. وقال زفر رحمه اللّه: يضمن لأن الجحود سبب الضمان لكونه إتلافاً حكماً فلا يختلف باختلاف الأحوال كالإتلاف حقيقة. قلنا: في هذه الأحوال ليس بإتلاف وإنما يكون إتلافاً إذا أراد تملكها ومرداه هنا حفظها بقطع طمع الطامعين فكيف يكون إتلافاً.

قال رحمه اللّه: (وله أن يسافر بها عند عدم النهي والخوف) أي للمودع أن يسافر بالوديعة إذا لم ينهه المودع ولم يخف عليها بالإخراج وهذا على إطلاقه قول أبي حنيفة رحمه اللّه. وقال أبو يوسف: له الخروج بها إلى مسافة قصيرة وإن طالت لا يخرج بماله حمل ومؤنة لأن القصيرة لا يخاف فيها عادة. ولهذا تسافر المرأة السفر القصير بغير محرم ولا زوج، وقال محمد: لا يخرج بماله حمل ومؤنة لأنه يلزمه مؤنة الردّ فيما له حمل ومؤنة، والظاهر من حاله أنه لا يرضى به وربما تستغرق المؤنة الوديعة وفيه إهلاكها فلا يجوز كالوكيل بالبيع حيث لا يكون له إخراج المبيع فإن أخرج ضمن. وقال الشافعي: ليس له أن يخرج بها سواء كان له حمل ومؤنة أو لم يكن لأن المطلق ينصرف إلى المتعارف وهو الحفظ في الأمصار عادة وصار كالاستحفاظ بأجر، ولأبي حنيفة رحمه اللّه أن الأمر صدر مطلقاً فلا يتقيد بالمكان كما لا يتقيد بالزمان والمفازة محل للحفظ إذا كان الطريق آمناً والكلام فيه فصار كالمصر، ولهذا يملكه الأب والوصي في مال الصغير مع أنّ ولايتهما نظرية لقوله تعالى: ﴿ولا تقربو مال اليتم إلا بالتي هي أحسن﴾ [الأنعام: ١٥٢]. ولولا أنه من الأحسن لما جاز ذلك لهما ألا ترى أن الجودة في الأموال الربوية تتقوّم في تصرفهما حتى لا ينفذ بيعهما بمثلها وزناً لعدم النظر والوكيل بالبيع مأمور بالبيع لا بالحفظ، وإنما يجب عليه الحفظ بمقتضى الأمر بالبيع إذ لا يمكنه بيعه إلا بعد حفظه والاستحفاظ بأجر عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد وما يلزم الآمر من مؤنة الردّ ضرورة صحة أمره فلا يعدّ ذلك إضراراً به، والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم فيه ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها كأهل الأخبية، ولو كان الطريق مخيفاً ليس له أن يسافربها إنْ كان له منه بدٌّ، وإن لم يكن له منه بدّ بأن سافر مع أهله

قوله: (أو عنده حين سأله عن حالها) وخص قول أبي يوسف وإن كان الحكم عند علمائنا **الثلاثة كذلك**. وكذا عند الأئمة الثلاثة لما أن هذا التفصيل لم يكن مذكوراً في مبسوط

لا يضمن. ولو نهاه أن يخرج بها من المصر فخرج بها ضمن إن كان له منه بدّ لأن المصر أبلغ في الحفظ فكان التقييد مفيداً، وإن لم يكن له منه بدّ لا يضمن.

قال رحمه الله: (ولو أودعا شيئاً لم يدفع المودع إلى أحدهما حظه) أي: «لو أودع رجلان شيئاً عند رجل فحضر أحدهما يطلب نصيبه لم يدفع إليه حتى يحضر الآخر». وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وهو مروي عن علي رضي الله تعالى عنه. وقالا له ذلك، **والخلاف في ذوات الأمثال وفي غيره ليس له ذلك بالإجماع**. لهما أن الحاضر طلب نصيبه خاصة فيؤمر بالدفع إليه كما في الدين المشترك وهذا لأنه يطالبه بتسليم ما سلم إليه وهو النصف وهو له ولهذا كان له/ أن يأخذه إذ ظفر به، فكذا [٧٦ ب/٣] يؤمر المودع بالتسليم إليه ولأبي حنيفة رحمه الله ما روينا عن علي رضي الله تعالى عنه ولأن المودع لا يملك القسمة بينهما، ولهذا لو دفع إليه نصفه لا يكون قسمة بالإجماع حتى إذا هلك الباقي رجع صاحبه على الآخذ بحصته بالإجماع فإذا لم يقع قسمة لا يجوز له أن يدفع نصيب الغائب إليه لعدم إذنه بذلك فيكون متعدّياً بالدفع فيضمن نصفه بخلاف الدين المشترك، لأنه لا يطالبه بتسليم حقه لأن الديون تقضى بأمثالها وأخذه الشريك عند الظفر به لا يدل على أن المودع يؤمر بالدفع، ألا ترى أن رجلاً إذا كان له على إنسان ألف درهم دين وللمدين ألف درهم وديعة عند آخر فلغريمه أن يأخذ الوديعة إذا ظفر بها. وليس للمودع أن يدفع إليه ولا يؤمر بذلك

محمد وفيما ذكر في اختلاف زفر ويعقوب فأورده كذلك اهـ معراج. **قوله: (والخلاف في ذوات الأمثال)** قال صاحب الهداية: والخلاف في المكيل والموزون وهو المراد بالمذكور في المختصر أي في مختصر القدوري وإنما قال: وهو المراد لأن كلام القدوري بإطلاقه يشمل ما يقسم وما لا يقسم فكان محتملاً للوجهين فقال المراد منه ما يقسم استدلالاً بوضع الجامع الصغير لأن محمداً قال فيه ثلاثة نفر أو دعوا رجلاً ألف درهم فغاب اثنان وجاء واحد يريد أن يأخذ نصيبه إلى هنا لفظ الجامع الصغير. قالوا في شروح الجامع: وكذا الخلاف في كل الأموال التي تحتمل القسمة وكذلك وضع المسألة في مختصر الطحاوي حيث قال: ومن استودعه ثلاثة نفرمن الدراهم أو ما سواها مما يقسم ثم جاء أحدهم يطلب نصيبه ولم يحضر صاحباه لم يكن عليه أن يعطيه منها شيئاً وهذا قول أبي حنيفة وبه نأخذ. وقال أبو يوسف ومحمد: عليه أن يعطيه ثلثها إلى هنا لفظ الطحاوي في مختصره. وقال الإمام الإسيبجابي في شرح مختصر الطحاوي وقال صاحباه: يدفع نصيبه إليه ولا يكون هذا قسمة على الغائب حتى أن الغائب لو هلك في يد المودع كان للغائب أن يشارك القابض فيما قبض. ولو هلك المقبوض في يد القابض فليس له أن يشارك المقبوض فيما قبض. **قوله: (وفي غيره ليس له ذلك بالإجماع)** قال قاضيخان في شرح الجامع الصغير: وإن كانت

وروي أن رجلين دخلا الحمام وأودعا عند الحمامي ألفاً فخرج أحدهما فطلبه منه فأعطاه **ثم خرج الآخر وطالبه** فتحير الحمامي وذهب إلى أبي حنيفة رحمه الله **فقال له: قل: لا أعطيك حتى تحضر صاحبك** فانقطع.

قال رحمه الله: (**وإن أودع رجل عند رجلين** ما يقسم اقتسماه وحفظ كل نصفه **ولو دفع إلى الآخر ضمن** بخلاف ما لا يقسم) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وكذا الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشراء **إذا سلم أحدهما إلى الآخر** وقالا لأحدهما: أن يحفظ بإذن الآخر **في الوجهين لأن المودع رضي بأمانتهما** فكان لكل واحد منهما أن يسلم إلى الآخر ولا يضمن كما فيما لا يقسم. ولأبي حنيفة رحمه الله وهو أقيس أن المالك رضي بحفظهما لا بحفظ أحدهما ورضاه بأمانة الإثنين لا يكون رضاً بأمانة الواحد. وهذا لأن الأصل إن فعل الإثنين إذا أضيف إلى ما يقبل الوصف بالتجزيء يتناول البعض لا الكل فإذا سُلِّم الكل إلى الآخر ولم يرضَ المالك به ضمن، ولا يضمن القابض لأن مودع المودع لا يضمن عنده. وأما فيما لا يقسم فالمالك رضي بثبوت يد كل واحد منهما على الانفراد في الكل، لأنه لما أودعهما مع علمه بأنهما لا يجتمعان على حفظه آناء الليل والنهار وأمكنهما المهايأة صار راضياً بحفظ كل واحد منهما بجميعه **على الانفراد**.

الوديعة عرضاً فالصحيح أنه لا يكون للحاضر أن يأخذ نصيبه في قولهم جميعاً اهـ إتقاني. **قوله**: (**ثم خرج الآخر وطالبه**) أي وقال: إنا دفعناه إليك وقد ضيعت حقي بالدفع إليه وحده اهـ إتقاني. **قوله**: (**فقال له: قل: لا أعطيك حتى تحضر صحبك**) أي لأنكما دفعتماه إليّ اهـ **قوله في المتن**: (**وإن أودع رجل عند رجلين إلخ**) هذه المسألة عكس التي قبلها لأن في هذه المودع واحد والمودع متعدد والمتقدّمة بالعكس اهـ **قوله**: (**ولو دفع إلى الآخر ضمن**) أي ضمن الدافع النصف ولا يضمن القابض كما سيجيء اهـ وكتب ما نصه قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره: وإذا أودع رجل رجلين مالاً قال: يأخذ كل واحد منهما نصفه يعني يقتسمانه قال: فإن دفع أحدهما المال كله إلى صاحبه فتوى المال قال: يضمن في قول أبي حنيفة الذي دفع النصف ولا يضمن في قول أبي يوسف ومحمد شيئاً، قال محمد: إن أبا حنيفة قال ذلك فيما تستطاع قسمته فأما ما لا تستطاع قسمته نحو المملوك والثوب فإذا دفع أحد المستودعين ذلك إلى صاحبه لم يضمن اهـ إتقاني. **قوله**: (**إذا سلم أحدهما إلى الآخر**) أي فضاع ضمن النصف اهـ إتقاني. **قوله**: (**في الوجهين**) أي فيما يقسم وما لا يقسم اهـ **قوله**: (**لأن المودع رضي بأمانتهما**) أي فكان دفع كل واحد منهما دفعاً إلى أمين المالك اهـ إتقاني. **قوله**: (**على الانفراد**) أي على سبيل المهايأة اهـ وكتب ما نصه قال في قسم المبسوط من الشامل: لو أودع رجلين عبداً فتهايآ على أن يكون عند أحدهما شهراً وعند

قال رحمه اللّه: (ولو قال لا تدفع إلى عيالك أو احفظ في هذا البيت فدفعها إلى من لا بدّ له منه أو حفظه في بيت آخر من الدار لم يضمن) أي المودع قال ذلك للمودع فخالفه في ذلك لا يضمن لأنه لا يمكنه الحفظ مع مراعاة شرطه فلم يكن مفيداً فيلغو، وهذا إذا كانت الوديعة مما يحفظ في يد من منعه المودع من الدفع إليه مثل أن تكون الوديعة فرساً فيمنعه من التسليم إلى غلامه أو تكون عقد جوهر فيمنعه من التسليم إلى امرأته أو كانت بيوت الدار متساوية. أما إذا كانت الوديعة مما لا يحفظ في يد من نهاه عن الدفع إليه كما إذا كانت الوديعة فرساً **فنهاه عن الدفع إلى امرأته** أو كانت عقد جوهر فنهاه عن التسليم إلى امرأته أو كانت بيوت الدار مختلفة بأن كان في بعضها عور ظاهر فيضمن بالمخالفة لأن التقييد مفيد في مثله.

قال رحمه اللّه: (وإن كان له منه بدّ أو حفظها في دار أخرى ضمن) أي إن كان له بدّ من دفع الوديعة إلى من نهاه عن دفعها إليه بأن نهاه/ أن يدفعها إلى امرأته [٧٧/أ ٣] فلانة وله امرأة أخرى أو نهاه أن يسلمها إلى غلامه فلان وله غلام آخر فخالفه أو قال له: احفظها في هذا البيت أو في هذه الدار فحفظها في دار أخرى ضمن لأن الناس

الآخر شهراً لم يضمنا لأنه لا يمكن الحفظ معاً فجاز على هذا الوجه اهـ إتقاني. **قوله في المتن:** (**ولو قال له: لا تدفع إلى عيالك إلخ**) قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي: وإن قال: لا تدفعها إلى امرأتك أو عبدك أو ولدك أو أجيرك فإني أتهمهم عليها فدفعها إلى الذي نهاه عنه فهلكت، فإن كان المستودَع لم يجد بداً من دفعها إليه لم يضمنها، وإن كان يجد من أهله وخدمه من يدفعها إليه ويضعها عنده غير هذا فأعطاه وهو يجد غيره ضمنه صاحب الوديعة إلى هنا لفظ الكافي وذلك لأنه خالف في الوجه الأوّل بعذر وفي الوجه الثاني خالف بغير عذر اهـ إتقاني. **قوله:** (**فنهاه عن التسليم إلى امرأته**) هكذا هو بخط الشارح وصوابه إلى غلامه فتأمل اهـ **قوله في المتن:** (**وإن كان له منه بدّ أو حفظها إلخ**) قال محمد في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل: أودع رجلاً وديعة وأمره أن يحفظها في دار ونهاه عن الوضع في دار أخرى فوضعها في التي نهاه عنها فهلكت قال: هو ضامن، وإن كان بيتان في دار والمسألة بحالها لم يضمن، وقال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي: وإذا قال صاحب الوديعة للمستودع: أخبأها في بيتك هذا فخبأها في بيت آخر من داره تلك فضاعت فلا ضمان عليه استحساناً، ألا ترى أنه لو قال: أمسكها بيدك ولا تضعها ليلاً ولا نهاراً فوضعها في بيته فهلكت لم يضمنها، ولو قال: أخبأها في دارك هذه ولا تخبأها في دارك الأخرى فوضعها في التي نهى عنها ضمن، ألا ترى أنه لو قال: لا تخرجها من الكوفة فخرج بها إلى البصرة كان ضامناً لها، وإن انتقل من الكوفة إلى البصرة أو إلى غيرها لشيء لم يكن له منه بد فهلكت فلا ضمان عليه إلى هنا لفظ الكافي، وعند الشافعي يضمن كذا في شرح

يختلفون في الأمانة والكياسة ومعرفة طرق الصيانة والاحتراز عما يوجب شيئاً في الدين إذ هي الحاملة على الحفظ كما ينبغي، وكذا الدور تختلف في الحرز فكان هذا الشرط مفيداً فيعتبر إذا كان لا يحرج بالوفاء بالشرط وذلك عند وجود من ذكرنا وإلا فلا.

قال رحمه اللّه: **(ضمن مودع الغاصب لا مودع المودع)** وهذ عند أبي حنيفة رحمه اللّه وعندهما يضمن مودع المودع أيضاً فيكون لصاحبا الخيار إن شاء ضمن الأوّل، وإن شاء ضمن الثاني فإن ضمن الأول لا يرجع به على أحد، وإن ضمن الثاني رجع به على الأوّل لكونه عاملاً له لأن الأوّل خائن بالتسليم إلى الثاني بغير إذن المالك، والثاني متعدّ بقبضه بغير إذنه فنزلا منزلة الغاصب ومودع الغاصب أو الغاصب وغاصب الغاصب أو الغاصب والمشتري منه غير أن الثاني مغرور من جهة الأوّل عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة، وله أنه قبض المال من يد أمين لأنه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رأيه لأنه حفظه باق ما دام في مجلسه وصاحبها رضي به

الأقطع وذلك لأنه نقلها إلى بيت آخر من غير ضرورة فصار كما إذا نقلها إلى دار أخرى، ولنا أن الدار حرز واحد بدلالة أن السارق إذا أخذ من بيت من الدار فنقل إلى بيت آخر لم يقطع لأنه لم يهتك الحرز بعد والحرز الواحد لا فائدة في تخصيص بعضه دون بعض وما لا فائدة في تخصيصه في الأمر يسقط في الإيداع، كما لو قال: احفظها بيمينك دون شمالك، أو قال: ضعها في يمين البيت دون يساره حتى لو كان بين البيتين تفاوت في الحرز بأن كانت الدار عظيمة وظهر البيت الذي نهاه عنه إلى السكة أو نحو ذلك، قالوا في شروح الجامع الصغير: يضمن بخلاف الدارين فإنّ التفاوت في الحرز ظاهر فيهما، ولهذا لو أخذ السارق من إحدى الدارين فنقل إلى الأخرى قطع حتى لو كانت الدار التي نهى عن الوضع فيها أحرز أو كانتا سواء في الحرز لا يضمن وبه صرح في شرح الطحاوي، لأن النهي ليس بمفيد والأصل أن كل شرط يفيد اعتباره ويمكن المودع مراعاته فهو معتبر وكل شرط لا يمكن مراعاته ولا يفيد اعتباره فهو لغو. وقال فخر الدين قاضيخان في شرح الجامع الصغير: ولو قال: احفظها في كيسك ولا تحفظها في صندوقك، أو قال: احفظها في صندوقك ولا تحفظها في البيت فحفظها في البيت لا يضمن والصندوق من البيت بمنزلة البيت من الدار لقلة التفاوت بينهما اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (ضمن مودع الغاصب لا مودع المودع)** صورة المسألة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي اللّه عنه في رجل أودع رجلاً ألف درهم فأودعها المستودع الأوّل رجلاً آخر فهلكت في يده قال لصاحب الألف: أن يضمن المستودع الأوّل ولا يضمن الآخر، وقال أبو يوسف ومحمد يضمن صاحب المال أيهما شاء فإن ضمن الأوّل لم يرجع على الآخر بشيء، وإن ضمن الآخر رجع

باعتبار حصول رأيه **لا بصورة يده** بدليل أنها لو هلكت قبل أن يفارقه لا يضمن واحد منهما **بالإجماع** فعلم بذلك أن الإيداع مباح له إذا لم يقطع رأي الأوّل فلم يكن متعدّياً بمجرد الدفع ما لم يفارقه فإذا فارقه صار مضيعاً لها وقت التفريق بترك الحفظ الملتزم بالعقد، والقابض منه لم يكن متعدّياً بالقبض بدليل ما ذكرنا من عدم وجوب الضمان بالهلاك قبل أن يفارقه الأول وبعد الافتراق لم يحدث فعلاً آخر بل هو مستمر على ذلك الفعل وهو أمين فيه فكيف يكون متعدياً ضامناً بعده وهو لم يفوّت الحفظ الذي التزمه بعقد، وهذا لأنه لما صار في أوله أميناً وجب أن يبقى كذلك حتى يوجد منه فعل يبطله فصار نظير ما لو هبت الريح في ثوب إنسان فألقته في حجر غيره فإنه لا يضمن بالاستمرار ما لم يوجد منه فعل بعد فكذا هذا والجامع بينهما أن كل واحد منهما لم يكن متعدّياً في الابتداء فلا ينقلب متعدّياً بدون إحداث فعل آخر **ولا يقال**: لو لم يكن متعدّياً بالدفع لما ضمن بالفراق كما إذا دفعها إلى من في عياله فلما ضمن بالفراق علم أنه متعدّ فيكون القابض منه أيضاً متعدّياً فيضمن ضرورة، لأنا نقول: لما جاز له الدفع وهو حاضر بالإجماع بدليل ما ذكرنا صار كأن المودع قال له: أذنت لك أن تدفعه إلى غيرك بشرط أن لا تفارقه فإنه لا يضمن ما دام معه فكذا هذا بخلاف مسألة الغاصب، والغاصب منه وأخواتها لأنهم صاروا مثله بالتلقي منه ابتداء لعدم إذن المالك فكذا بقاء، ثم مودع الغاصب إن لم يعلم أنه غاصب رجع على الغاصب قولاً واحداً، وإن علم فكذلك في الظاهر. وحكى أبو اليسر أنه لا يرجع وإليه أشار شمس الأئمة ذكره في النهاية **وقال ابن أبي ليلى: لا يضمن** المودع بالإيداع ولا مودع المودع بالقبض بناء على أن له أن يودع عنده لأنه يجب / [٧٧ ب/٣] عليه أن يحفظ الوديعة مثل ما يحفظ ماله ويحفظ ماله تارة بنفسه وتارة بغيره. قلنا: لم يوجد من المودع الرضا

على الأوّل إلى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير، وقول الشافعي مثل قولهما كذا في شرح الأقطع اهـ إتقاني. **قوله: (لا بصورة يده)** أي لا باعتبار صورة مجرد يد الأوّل من غير رأي الأوّل اهـ من خط الشارح اهـ **قوله: (بالإجماع)** كذا في الذخيرة اهـ **قوله: (ولا يقال إلخ)** هذا السؤال والجواب أوردهما الإتقاني في شرحه ونصه فإن قلت: إن الأوّل إذا كان ضامناً كان الثاني آخذاً من يد ضمين فينبغي أن يكون الثاني ضامناً ضرورة، قلت: هذه مغالطة لأن الأول لم يكن ضامناً بمجرد الدفع قبل المفارقة بل هو أمين حينئذ لما قلنا، وإنما صار ضامناً بالمفارقة بصنع منه والثاني لم يوجد منه صنع فلا يضمن اهـ **قوله: (وقال ابن أبي ليلى لا يضمن إلخ)** قال الإتقاني وفي قول ابن أبي ليلى: أن كل من ملك شيئاً ملك تمليكه غيره بمثل ما ملكه كالعبد المأذون يأذن والمكاتب يكاتب والمستأجر يؤاجر والمستعير يعير فإذا كان كذلك لم يجب الضمان على واحد منهما، لأنه لم يوجد التعدّي من الأوّل في

بالدفع إلى غيره ولا الدلالة على الرضا إذ لو رضي بغيره لما أودعها عنده **فكان متعدّياً بالدفع فيضمن**.

قال رحمه الله: (**معه ألف ادّعى رجلان** كل أنه له أودعه إياه فنكل لهما فالألف لهما وغرم آخر بينهما) أي إذا كان في يد رجل ألف فادّعاها رجلان كل واحد منهما أنها له أودعها إياه يحلف لهما فإن نكل لهما كان الألف بينهما وعليه ألف آخر بينهما. بيان ذلك أن دعواهما صحيحة فيجب عليه اليمين لهما فإن حلف لهما فلا شيء لهما عليه لعدم الحجة، وإن حلف لأحدهما ونكل للآخر قضى به لمن نكل له دون الآخر لوجود الحجة في حقه دون الآخر، وإن نكل لهما قضى به بينهما لعدم الأولوية ثم يجب عليه ألف آخر **لهما لإقراره به أو لبذله إياه** على اختلاف الأصلين، **ولأيهما** بدأ القاضي بالتحليف جاز لتعذر الجمع بينهما ولعدم الأولوية والأولى عند التشاح أن يقرع بينهما تطييباً [لقلوبهما][1] ونفياً لتهمة الميل فإن نكل للأوّل لا يقضي به حتى يحلفه للثاني لينكشف وجه القضاء هل هو لهما **أو لأحدهما**، كما إذا

الإيداع ولا من الثاني في القبض اهـ **قوله**: (**فكان متعدّياً بالدفع فيضمن**) وقياسه ضعيف لأن المودع ليس بمالك أصلاً لأنه ليس بمالك لعين الوديعة ولا لمنفعتها وإنما هو رجل ملك منافع نفسه فلا يملك تسليم الوديعة إلى غيره. **قوله في المتن**: (**معه ألف ادّعى رجلان إلخ**) صورة المسألة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في ألف درهم في يدي رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعي أنه أودعها إياه فابى أن يحلف لهما قال تكون هذه الألف بينهما ويغرم ألفاً أخرى فتكون بينهما نصفين إلى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير، قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير: وفي قول ابن أبي ليلى لا يجب عليه إلا دفع الألف بعينها لأنه لم يأخذ إلا ألفاً واحدة فلا يجب عليه ألف أخرى أما مذهب علمائنا فلأنه لما نكل لأحدهما فقد أقرّ أنه قبض منه ألفاً فلما نكل للآخر فقد أقرّ أنه أخذ منه ألفاً فلما أقر لكل واحد منهما بألف ولم يصل لكل واحد منهما إلا خمسمائة فعليه أن يغرم لكل منهما تمام الألف بيان المسألة أن كل واحد من المدعيين ادّعى دعوى صحيحة لاحتمال الصدق في دعوى كل منهما فتوجهت اليمين لكل واحد منهما على المنكر لقوله عليه الصلاة والسلام: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»[2] ولكن يحلف لكل واحد منهما على الانفراد لأن كل واحد منهما ادّعى عليه معنى لو أقر به يلزمه فإذ أنكر يحلفه اهـ إتقاني. **قوله**: (**لإقراره**) أي على قولهما اهـ **قوله**: (**أو لبذله إياه**) أي على قول أبي حنيفة اهـ **قوله**: (**وبأيهما**) الذي بخط الشارح ولأيهما اهـ **قوله**: (**أو لأحدهما**) أي

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

(٢) تقدم تخريجه.

أقاما البينة بخلاف ما إذا أقر لأحدهما فإنه يحكم له به لأن الإقرار حجة ملزمة بنفسه، والنكول لا يكون حجة إلا بالقضاء ولهذا لو نكل ثم حلف **لا يلزمه شيء**، وكذا البينة لا تكون حجة إلا بالقضاء فيؤخر القضاء حتى ينكشف وجهه ولا ضرر عليه بالتأخير لأنه لا يقضي للمتقدّم حتى يحلف للمتأخر، ولو نكل للثاني أيضاً قضى به بينهما نصفين لاستوائهما في الحجة ويغرم ألفاً آخر بينهما نصفين كما ذكر في المختصر، لأنه بالنكول أوجب لكل واحد منهما كل الألف كأن ليس معه غيره فإذا صرفه إليهما فقد صرف نصف نصيب كل واحد منهما إلى الآخر فيغرمه، فلو قضى القاضي للأوّل حين نكل قبل أن يحلف للثاني لا ينفذ قضاؤه حتى لو نكل للثاني بعده كان الألف بينهما لأن القضاء للأوّل لا يبطل حق الثاني. وقال الخصاف: نفذ قضاؤه لأنه محل مجتهد فيه لأن من العلماء من قال: ينفذ قضاؤه للأوّل ولا يشاركه الثاني فيه لأن النكول حجة شرعية كالإقرار **ووضع المسألة في العبد**، ولا فرق بينهما لأن النقود تتعين في الودائع والغصوب ثم لا يحلف المدّعى عليه للثاني بعد القضاء عليه للأوّل مقتصراً على قوله: ما هذا العبد لي بالإجماع لأن نكوله لا يفيد بعدما صار العبد لغيره، وهل يحلف إذا ضم إليه القيمة بأن يقال له: باللّه ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا أقل منه. قيل: ينبغي أن يحلف عند محمد خلافاً لأبي يوسف رحمهما اللّه **بناء** على أن المودع إذا أقرّ بالوديعة **ودفعها إلى غيره** يضمنه عند محمد خلافاً لأبي يوسف رحمهما اللّه فإنه يقول: إن ما فات من حقه لم يفت بمجرّد إقراره وإنما فات بالدفع إلى الأوّل وذلك بقضاء القاضي فلا يضمن، ولكن محمد رحمه اللّه يقول: هو الذي سلط القاضي على القضاء بها للأوّل بإقراره ثم أقرّ للثاني بأنه مودع عنده والمودع يكون ضامناً بالتسليط واللّه أعلم.

فإنه بعد نكوله للأوّل إن نكل للثاني يكون الألف بينهما ويقضي لهما جملة، وإن حلف للثاني كان كل الألف للأوّل اهـ **قوله**: (**لا يلزمه شيء**) أي قبل قضاء القاضي اهـ قارئ الهداية. **قوله**: (**ووضع المسألة في العبد**) قال الإتقاني: ولكن الخصاف وضع المسألة في العبد في أدب القاضي اهـ **قوله**: (**قيل: ينبغي أن يحلف إلخ**) قال الإتقاني قال الخصاف: ينبغي أن يحلفه على هذا الوجه عند محمد خلافاً لأبي يوسف اهـ **قوله**: (**بناء**) قال الإتقاني: وجه البناء أن النكول إقرار فبالإقرار بالوديعة ضمن عند محمد فكذا بالنكول، وعند أبي يوسف لم يضمن ثمة بالإقرر فكذا هنا بالنكول اهـ **قوله**: (**ودفعها إلى غيره**) أي بالقضاء اهـ إتقاني.

كتاب العارية

[٧٨ /١/٣] قال رحمه الله: / (**هي تمليك** المنافع بغير عوض) هذا في الشرع وفي اللغة مشتقة من العار منسوبة إليه ووزنها فعلية لأن طلبها عار. وفي الشرع ما ذكره في الكتاب. **وقال الكرخي والشافعي**: هي إباحة الانتفاع بملك الغير لأنه ينعقد بلفظ الإباحة ولا يشترط فيه ضرب المدّة ومع الجهالة لا يصح التمليك، وكذا يعمل فيه النهي ولا يملك الإجارة من غيره. ونحن نقول: إنها تنبئ عن التمليك لأنها مأخوذة من العرية وهي العطية في الثمار بالتمليك من غير عوض ثم استعمل في المنفعة كذلك **فاقتضت** تمليكاً **ولهذا تنعقد بلفظ التمليك** وله أن يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل، ولو كان إباحة لما جاز **لأن المباح له ليس له أن يبيح لغيره** وهذا لأن تمليك المنافع مشروع بعوض كالإجارة فوجب أن يكون مشروعاً بغير عوض أيضاً كالإعتاق، لأن كل ما جاز فيه التمليك ببدل جاز فيه التمليك بغير بدل إلا النكاح، والجهالة لا تفضي إلى المنازعة وكل جهالة لا تفضي إلى المنازعة لا توجب

كتاب العارية

قوله في المتن: (**هي تمليك المنافع**) قال الإتقاني: هذا اختيار أبي بكر الرازي اهـ **قوله**: (**وقال الكرخي والشافعي**) قال الإتقاني: وجه قول الكرخي أنها لو كانت تمليك المنافع لا الإباحة لكان بيان المدة من شرطها لأن تمليكها مع الجهالة لا يصح أصله الإجارة، ولأنها لو كانت تمليكاً لجاز إجارة المستعير من غيره كالمستأجر، ولهذا تنعقد بلفظ الإباحة بأن قال: أبحت ركوب هذه الدابة أو أبحت لبس هذا لثوب لك، وكذلك يصح نهي المعير المستعير عن الانتفاع فلو كان تمليكاً لم يصح كما في الإجارة، ألا ترى أنه لو آجر دابته شهراً ثم قبل انقضاء المدة لو نهاه عن الانتفاع بها لم يصح وجه ما ذهب إليه أبو بكر الرازي أن العرية والعارية أحدهما مشتق من الآخر ولكن خص كل واحد منهما باسم فقالوا في تمليك الأعيان: عرية وفي تمليك المنافع: عارية فدل على أن العارية تمليك لا إباحة اهـ **قوله**: (**ولهذا تنعقد بلفظ التمليك**) أي فإنه لو قال: ملكتك منافع هذا العين شهراً ينعقد إعارة اهـ إتقاني. **قوله**: (**لأن المباح له إلخ**) وانعقادها بلفظ الإباحة بسبيل الاستعارة كانعقاد الإجارة بلفظ الإعارة وإنما لم يملك المستعير الإجارة لأن الإجارة عقد جائز لازم فلو جاز له أن يؤجر انقلبت من الجواز إلى اللزوم وفيه ضرر بالمعير وخرج الجواب عن صحة النهي لأنها لما كانت جائزة كان للمعير أن ينهى اهـ إتقاني. **قوله**: (**ليس له أن يبيح لغيره**) أي: كالمباح

الفساد وهذا لأنها غير لازمة فله أن يرجع في كل ساعة بخلاف المعاوضات فإنها لازمة والجهالة فيها تفضي إلى المنازعة حتى إذا كانت لا تفضي إلى المنازعة كالخياطة جازت من غير ضرب المدّة، والنهي منع تحصيل ما لم يحصل ولم يوجد بعد فيكون امتناعاً عن التمليك ولهذا لا يجوز إجارته لأنها لم تدخل في ملكه قبل الحدوث.

قال رحمه اللّه: (وتصح بأعرتك) أي بقوله أعرتك لأنه صريح فيه.

قال رحمه اللّه: (**وأطعمتك أرضي ومنحتك ثوبي**) لأن الإطعام إذا أضيف إلى مالا تؤكل عينه يراد به ما يستغلّ منه مجازاً لأنه محله ومنحتك ثوبي معناه إذا لم يرد به الهبة لأن المنح لتمليك العين عرفاً وعند عدم إرادته يحمل على تمليك المنافع وأصله أن يعطي الرجل ناقة أو شاة ليشرب لبنها ثم يردّها إذا ذهب درّها ثم كثر ذلك حتى قيل في كل من أعطى شيئاً منح. وإذا أراد الهبة أفاد ملك العين وإلا بقي على أصل وضعه.

قال رحمه اللّه: (وحملتك على دابتي) أي إذا لم يرد به الهبة لأن هذا اللفظ مستعمل فيهما، يقال: حمل فلان فلاناً على دابته يراد به الهبة تارة والعارية أخرى فإذا نوى أحدهما صحت نيته، وإن لم يكن له نية حمل على الأدنى كيلا يلزمه الأعلى بالشك.

له الطعام لا يجوز له أن يبيح من غيره اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (وأطعمتك أرضي)** قال الإتقاني: وأما قوله: أطعمتك هذه الأرض فهو مستعمل في العارية مجازاً لا حقيقة لأنه يقال: أطعمه فطعم ونفس الأرض لا تطعم فكان المراد ما يخرج منها بطريق إطلاق اسم السبب على المسبب وهو من طرق المجاز اهـ **قوله: (ومنحتك ثوبي)** قال في الهداية في كتاب الهبة: ولو قال: منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل. قال الإتقاني: وأشار بقوله لما روينا إلى ما ذكره في أول كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام: «المنحة مردودة والعارية مؤداة». وهكذا ذكر الجواب شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي من غير تفصيل. وقال: إذا قال: منحتك هذه الأرض فهي عارية، ولكن شيخ الإسلام أبو بكر المعروف بخواهر زاده فصل في مبسوطة وقال: إذا قال: منحتك إن كان مضافاً إلى ما يمكن الانتفاع به مع بقاء العين يكون إعارة، وإن أضاف إلى ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالدراهم والطعام يكون هبة وذلك لأن المنحة تذكر ويراد بها العارية، قال النبي ﷺ: «المنحة مردودة»[1]. وأراد به العارية لأن الهبة لا تكون مردودة وإنما المردودة العارية وتذكر ويراد بها الهبة، يقال منح فلان فلاناً أي وهب له، وإذا كانت اللفظة صالحة للأمرين جميعاً

---

(١) تقدم تخريجه.

قال رحمه اللّه: **(وأخدمتك عبدي)** لأنه يراد به العارية لأن أذن له في الاستخدام.

قال رحمه اللّه: (**وداري لك سكنى** وداري لك عمري سكنى) لأن قوله: دراي لك محتمل يحتمل أن يكون له رقبتها ويحتمل أن يكون له منفعتها، وقوله: سكنى محكم في إرادة المنفعة فيحمل المحتمل عليه، لأن قوله: سكنى خرج مخرج التفسير لذلك المحتمل.

قال رحمه اللّه: (ويرجع المعير متى شاء) لقوله عليه الصلاة والسلام: «**المنحة مردودة والعارية مؤدّاة**»[١] ولأن المنافع تحدث شيئاً فشيئاً ويثبت الملك فيها بحسب حدوثها فرجوعه امتناع عن تمليك ما لم يحدث فله ذلك.

قال رحمه اللّه: **(ولو هلكت بلا تعدّ لا يضمن)** وقال الشافعي رضي اللّه تعالى عنه: **يضمن إذا هلكت** في غير حالة الاستعمال لأنه قبض مال الغير لنفسه لا عن استحقاق فأشبه الغصب. وقال عليه الصلاة والسلام: «على اليد ما أخذت»[٢]

والعمل بهمامتعذر في عين واحدة لأن العين الواحدة لا يتصوّر أن تكون في محلين عارية وهبة في وقت واحد عملنا بهما مختلفين، فقلنا: إذا أضيفت المنحة إلى عين يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه جعل عارية، وإذ أضيفت إلى عين لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه جعل هبة كما في المكيل والموزون توفيراً على المعنيين حظهما بقدر الإمكان اهـ **قوله في المتن: (وأخدمتك عبدي)** أي جعلته خادماً لك اهـ **قوله في المتن: (وداري لك سكنى)** قال الإتقاني: وفرق شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد بين قوله: هذه الدار لك سكنى أو عمري سكنى، وبين قوله: هي لك لتسكنها، فقالك ولو قال: هي لك لتسكنها كان تمليكاً للدار لأنه أضاف التمليك إلى رقبة الدار، وقوله: لتسكنها مشورة فلا يتغير به قضية العقد اهـ إتقاني. وقوله: سكنى منصوب على التمييز من قوله: لك لأن قوله: داري لك يحتمل الوجهين تمليك عين الدار وتمليك منفعة الدار فخرج قوله: سكنى تفسيراً قاطعاً للاحتمال فتعينت العارية اهـ **قوله: (المنحة مردودة والعارية مؤداة)** أي يجب ردّها ويجب أداؤها اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (ولو هلكت بلا تعدّ لا يضمن)** أقول هذا فيما إذا كانت العارية مطلقة أما إذا كانت مقيدة بوقت فهلكت في يد المستعير بعد مضي الوقت فإنه يضمنها كما سيصرح الشارح به عند قوله: ومؤنة الردّ على المستعير، وعند قوله وإن ردّ المستعير الدابة مع عبده واللّه تعالى هو الموفق اهـ وكتب على قوله: بلا تعدّ ما

---

(١) أخرجه الترمذي في الوصايا (٢١٢٠)، وأبو داود في البيوع (٣٥٦٥)، وابن ماجه في الأحكام (٢٣٩٨)، وأحمد في مسنده (٢١٧٩١).

(٢) تقدم تخريجه.

والمراد بمثله من يأخذ لنفسه. وقال عليه الصلاة والسلام: «العارية مضمونة»[١] وقد «استعار رسول اللّه صلى اللّه عيله وسلم دروعاً من صفوان / **يوم أحد** فقال: أغصبا يا [٧٨ ب/٣] محمد، فقال: لا بل عارية مضمونة». قال: فضاع بعضها فعوّض عليه النبي ﷺ فقال: «أنا اليوم في الإسلام راغب»[٢] روه أحمد وأبو داود. والإذن بالقبض ثبت ضرورة الانتفاع **فلا يظهر فيما وراء حالة الاستعمال** بخلاف المستأجر لأن القبض فيها **عن استحقاق** ولأنه لمنفعة صاحبه. وبخلاف الوديعة لأنه قبضها لمنفعة صاحبها لا لنفسه ولهذا لا يكون عليه مؤنة الردّ، ولهذا إذا هلكت عنده وضمنه المستحق قيمتها يرجع على المودع، وفي العارية لا يرجع وبخلاف العبد الموصى بخدمته لأن قبضه عن استحقاق فإنّ الوارث يلزمه تسليم العين إليه. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «**ليس على المستعير غير المغلّ ضمان**»[٣]. وهو قول عليّ وابن مسعود رضي اللّه عنهما ولأنه قبض بإذن صاحبه **لا على وجه الاستيفاء** ولا على سبيل المبادلة فلا يضمن

نصه: ولو تعدّى ضمن بالإجماع اهـ إتقاني. **قوله: (يضمن إذا هلكت إلخ)** أما إذا هلكت في حالة الانتفاع لا يضمن بالإجماع اهـ إتقاني. **قوله: (يوم أحد)** كذا هو بخط الشارح رحمه اللّه اهـ وكتب على قوله يوم أحد ما نصه هكذا وقفت عليه في نسخ وشطب قارئ الهداية رحمه اللّه في نسخته على أحد وكتب فوقه حنين اهـ (فرع) قال في الهداية: والعارية أمانة إن هلكت من غير تعدّ لم يضمنها، قال الإتقاني: ولو شرط الضمان في العارية هل تصح فالمشايخ مختلفون فيه كذا في التحفة. وقال في خلاصة الفتوى: رجل قال لآخر: أعرني ثوبك فإن ضاع فأنا ضامن له قال: لا يضمن ونقله عن المنتقى اهـ **قوله: (فلا يظهر فيما وراء حالة الاستعمال)** ولهذا كان واجب الردّ وصار كالمقبوض على سوم الشراء اهـ هداية. **قوله: (عن استحقاق)** أي تقدم وهو عقد الإجارة اهـ (فرع) قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي: رجل استعار من رجل سلاحاً ليقاتل به فضرب بالسيف فانقطع نصفين أو طعن بالرمح فانكسر قال: لا ضمان عليه إلى هنا لفظ الكافي، وذلك لأنه هلك من عمل مأذون فيه فيصير مأذوناً فيه ضرورة. وقال الولوالجي في فتاواه: رجل دخل الحمام واستعمل قصاع الحمام فانكسرت لا ضمان عليه وكذا إذا أخذ كوز الفقاع ليشرب فسقط وانكسر فلا ضمان عليه لأنه عارية في يده اهـ إتقاني. **قوله: («ليس على المستعير غيرالمغل ضمان»)** تمامه ولا على «المستودع غير المغل ضمان». رواه الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. وقيل: عمر، وفي الإسناد: عمرو بن عبد الجبار عن عبيدة بن حسان وهما

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه (٦/٨٩).

(٢) أخرجه أبو داود في البيوع (٣٥٦٢)، وأحمد في مسنده (٢٧٠٨٩)،

(٣) أخرجه البيهقي في سننه (٦/٩١).

كالإجارة والوديعة وهذا لأن ضمان العدوان لا يجب إلا على المتعدّي ومع الإذن بالقبض لا يوصف بالتعدّي فانتفى الضمان ضرورة انتفاء القبض على وجه التعدّي وانتفاء المبادلة لأن وجوبه شرعاً إما بعقد موجب للضمان أو بشبهته بأن كان فاسداً أو بالتعدّي فالعقد الدال على وجوب الضمان لم يوجد ولا شبهته، لأنه عقد تبرع والتعدّي لا يتصوّر مع الإذن، ألا ترى أنه لو أذن له بالإتلاف فأتلفه لا يضمن فهذا أولى لأنه دونه وحديث صفوان كان بغير إذنه لحاجة المسلمين، ولهذا قال: أغصبا يا محمد، وعند الحاجة يرخص تناول مال الغير بغير إذنه بشرط الضمان كحالة المخمصة ولأنه شرط له الضمان والعارية إذا اشترط فيها الضمان تضمن عندنا في رواية، ويحتمل أن يكون المراد بالضمان المذكور في الحديثين ضمان ردّ العين فيحمل عليه. **ولأن صفوان كان حربياً** في ذلك الوقت ويجوز من الشروط بين الحربي والمسلم ما لا يجوز بين المسلمين، وقوله عليه الصلاة والسلام: «على اليد ما أخذت»(١) يقتضي ردّ العين وبه نقول، لأن ردّ العين واجب في الأمانات وإنما لا يرجع المستعير بضمان الاستحقاق لأن الرجوع به بسبب الغرور وهو لم يغرّه أحد، لأن المعير متبرع كالواهب وليس على المحسنين من سبيل وإنما وجب عليه مؤنة الردّ **لأنه قبضه لنفسه**.

قال رحمه الله: (ولا يؤجر) لأن الإجارة لازمة فيلزم المعير زيادة الضرر لأنه لو جازت الإجارة من المستعير لما جاز للمعير أن يرجع عليه حتى تفرغ مدّتها فيتضرر فلا يلزمه بغير رضاه ولأنه يلزم من جوازها لزوم ما لا يلزم وهو العارية أو عدم لزوم ما يلزم وهو الإجارة فلا يجوز.

قال رحمه الله: (ولا يرهن كالوديعة) لأن الرهن إيفاء وليس له أن يوفي دينه بمال غيره بغير إذنه ولأن فيه ضرراً لأن الرهن عقد لازم بعد القبض من جهة الراهن فصار كالإجارة.

قال رحمه الله: **(فان آجر فعطب ضمن)** لأن متعدّ بالتسليم فصار غاصباً وإن

ضعيفان اهـ عبد الحق. **قوله: (لا على وجه الاستيفاء)** يحترز عن الرهن اهـ **قوله: (ولأن صفوان كان حربياً)** أي كان مستأمناً اهـ قارئ الهداية. **قوله: (لأنه قبضه لنفسه)** أي فعليه مؤنته كما يجب على المستعير نفقة العارية اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (فإن آجر فعطب ضمن)** قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي: وإذا استعار الرجل من الرجل على أن يذهب بها حيث شاء ولم يسم مكاناً ولا وقتاً ولا ما يحمل عليها فذهب به إلى الحيرة أو

---

(١) تقدم تخريجه.

شاء ضمن المستأجر لأنه قبض ماله بغير إذنه فصار كالمستأجر من الغاصب فإن ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لأنه ملكه بالضمان وتبين أنه آجر ملك نفسه وإن ضمن المستأجر يرجع على المؤجر وهو المستعير إذا لم يعلم أنه كان عارية في يده دفعاً لضرر الغرور عن نفسه، وإن علم أن العين عارية في يده/ فليس له أن يرجع [٧٩ أ/٣] لأنه لم يغرّه فصار كالمستأجر من الغاصب عالماً بالغصب.

قال رحمه اللّه: (**ويعير مالا يختلف بالمستعمل**) أي يعير المستعير العارية إذا كانت مما لا يختلف باختلاف المستعمل. وقال الشافعي رضي اللّه تعالى عنه: ليس له أن يعير لأن العارية إباحة المنافع عنده والمباح له ليس له أن يبيح لغيره وعندنا لما كانت تمليك المنافع جاز أن يعير لأن المالك يملك أن يملك كالمستأجر يملك أن يؤجر، **وكالموصى له بالخدمة يملك أن يعير وهذا إذا صدرت مطلقة** وإن كانت مقيدة بشيء تتقيد به **وهي المسألة التي تلي هذه المسألة** على ما يجيء تفصيله.

أمسكها بالكوفة شهراً يحمل عليها أو يؤاجرها، قال: لا ضمان عليه في شيء من ذلك إلا في الإجارة خاصة فإنه حيث آجرها صار ضامناً ويتصدق بالغلة إلى هنا لفظ الكافي وذلك لأنه أمره بالانتفاع مطقاً والمطلق يتناول أيّ انتفاع شاء وإليه التعيين بفعله إن شاء استعملها في الركوب أو في الحمل عليها وأي ذلك فعل لا يمكنه أن يفعل غيره بعد ذلك لأن المطلق إذا تعين بقيد فلا يبقى مطلقاً بعد ذلك ولا يملك الإجارة أصلاً لأنها عقد لازم والعارية عقد جائز وبناء اللازم على الجائز لا يجوز وقد قال بعض أصحابنا: بأنه يملك الإجارة وتنعقد جائزة لا لازمة كذا قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي. ثم قال: والصحيح أنه لا تنعقد الإجارة لأن من أصول أصحابنا أن المنافع لا قيمة لها وإنما تتقوّم بالعقد لأجل الحاجة ولهذا لم يملك أن يؤاجر بأكثر مما استأجر لأن القيمة لما ظهرت بالشرط اقتصرت على المشروط فلم تتقوّم فيما وراءه، وفي العارية لا شرط فلا قيمة فلم تصح الإجارة فإذا فعل ذلك وآجرها صار بمنزلة الغاصب، والغاصب إذا فعل يملك الأجرة ويتصدق بها لأنها حصلت بسبب خبيث وهو استعمال مال الغير فكان سبيله التصدق اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**ويعير ما لا يختلف بالمستعمل**) لفظ محمد في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي اللّه عنه في رجل استعار من رجل دابة ولم يسم شيئاً، قال له: أن يعيرها وليس له أن يؤاجرها فإن آجرها فعطبت فهو ضامن إلى هنا لفظه في أصل الجامع الصغير. وقال في مختصر الأسرار: ويجوز للمستعير أن يعير وإن شرط أن لا يعير إلا أن يكون المعار مما يختلف باختلاف المستعمل مثل ركوب الدابة ولبس الثوب فإنه إذا شرط عليه أن لا يعير لا يجوز خلافاً للشافعي اهـ إتقاني. **قوله**: (**وكالموصى له بالخدمة يملك أن يعير**) أي ويملك أن يؤجر، قال الإتقاني: والموصى له بالخدمة يملك أن يؤجر اهـ **قوله**:

قال رحمه اللّه: (فلو قيدها بوقت أو منفعة أو **بهما** لا يتجاوز عما سماه) وإن أطلق له أن ينتفع أيّ نوع شاء في أيّ وقت شاء لأنه يتصرف في ملك الغير فلا يملك إلا على الوجه الذي أذن له فيه من تقييد أو إطلاق ثم لا يخلو إما أن تكون مطلقة أو تكون مقيدة بالزمان أو بالإنتفاع أو بهما، **فإن كانت** مطلقة كان كمن استعار دابة للركوب أو ثوباً للبس ولم يسم شيئاً كان له أن يلبس ويركب بنفسه، **وله أن يعير** ما لم يلبس هو ولم يركب فإذا ألبس غيره أو أركبه فليس له أن يركب بنفسه بعد ذلك في الصحيح لأنه تعين بالفعل فيكون خلافه تعدّياً ذكره في الكافي وقال: سواء كان المستعار شيئاً يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في الثوب والركوب في الدابة فجعله كالإجارة فعلى هذا ينبغي أن يحمل هذا الإطلاق الذي ذكره هنا فيما يختلف باختلاف المستعمل كاللبس والركوب والزراعة على ما إذا قال: على أن أركب عليها من أشاء أو ألبس الثوب من أشاء كما حمل الإطلاق الذي ذكر في الإجارة على هذا.

(وهذا إذا صدرت مطلقة) أي عن الوقت والانتفاع اهـ **قوله: (وهي المسألة التي تلي هذه المسألة)** أي ما ذكرنا من ولاية إعارة المستعير اهـ **قوله: (أو بهما)** فهذه أربعة أوجه اهـ **قوله: (فإن كانت إلخ)** هذا هو الوجه الأوّل اهـ **قوله: (وله أن يعير)** والركوب واللبس كما سيجيء قريباً مما يختلف باختلاف المستعمل لكن إنما ملك المستعير إعارته للإطلاق قال الإتقاني: وعنده أي الشافعي الإعارة إباحة المنافع والمباح له لا يملك الإباحة ولهذا لا يملك الإعارة فيما يتفاوت الناس فيه كالركوب واللبس. ثم قال في ذكر دليلنا: ولا نسلم أن المستعير لا يملك الإعارة فيما يتفاوت الناس فيه مطلقاً بل له أن يعير إذا أعاره مطلقاً اهـ وهو يؤيد ما قاله الشارح رحمهما اللّه وكتب ما نصه قال الإتقاني رحمه اللّه: ثم العارية على ما قالوا في شروح الجامع الصغير على أربعة أوجه: أحدها: أن تكون مطلقة في حق الوقت والانتفاع جميعاً وفي هذا الوجه للمستعير أن ينتفع به أي منفعة شاء في أي وقت شاء عملاً بإطلاق العقد. والثاني: أن تكون مقيدة في الوقت والانتفاع بأن قيده بيوم وعين نوع منفعة كالحمل والركوب فليس له أن يتجاوز ذلك عملاً بالتقييد إلا أن يكون ذلك خلافاً إلى خير أو إلى ذلك فحينئذ لا يضمن، والخلاف كما إذا شرط المعير أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها عشرة مخاتيم شعير أو سمسم أو أرز أو شيء من الحبوب مثل كيل الحنطة وخفتها لا يضمن استحساناً لأنه ليس بشرط يفيد اعتبار، لأن صاحبه لما رضي بالحنطة كان أرضى بما دونها، وفي القياس يضمن وهو قول زفر لأنه مخالف والخلاف إلى مثل ذلك كما إذا شرط أن يحمل عليها عشرة مخاتيم من هذه الحنطة فحمل عليها عشرة مخاتيم من غيرها أو شرط أن يحمل عليها حنطة نفسه فحمل عليها حنطة غيره لا يضمن، لأن التقييد إنما يعتبر إذا كان مفيداً وهذا التقييد لا يفيد.

وإن كانت الإعارة مقيدة بالانتفاع دون الوقت بأن شرط أن ينتفع هو بنفسه أو غيره معيناً لا يجوز له أن يخالف ذلك التقييد فيما يختلف باختلاف المستعمل كالركوب وأخواته، وللمسمّى أن يفعل في أي وقت شاء **وإن كان لا يختلف** كالسكنى والحمل جاز أن يفعل بنفسه وبغيره في أي وقت شاء لأن التقييد بالانتفاع فيما لا يختلف لا يفيد، **وإن كانت** مقيدة بالوقت تقيدت به حتى لا يجوز له أن ينتفع بها إلا في الوقت المعين، ومن حيث الانتفاع فهي باقية على إطلاقها فيجوز له مطلقاً فيما يختلف بالمستعمل وفيما لا يختلف على الصفة المتقدّمة في المطلق عن الانتفاع والوقت. **وإن كانت** مقيدة بهما تقيدت من حيث الوقت كيفما كان وكذا من حيث الانتفاع فيما يختلف باختلاف المستعمل. وفيما لا يختلف لا تتقيد لعدم الفائدة على ما بينا في المقيد بالانتفاع ثم كل موضع قلنا: يتقيد بالمسمى له أن يخالف إلى ما هو خير منه أو إلى مثله كما إذا قال له: احمل على الدابة هذه الحنطة كان له أن يحمل عليها مثله أو دونه في الضرر، **واختلفوا في إيداع المستعير** قال بعض المشايخ: ليس له

والثالث: أن تكون مقيدة في الوقت مطلقة في الانتفاع. والرابع: على العكس وهو أن تكون مطلقة في الوقت مقيدة في الانتفاع ففي الوجهين ليس له أن يتجاوز المسمى، وفي مسألة الجامع الصغير أطلق الوقت والانتفاع فلا يتقيد بشيء منهما عملاً بالإطلاق فإن شاء ركب بنفسه، وإن شاء حمل. وإن أعار غيره للحمل جاز لأن الناس لا يتفاوتون في الحمل، والمستعير يملك الإعارة فيما لا يتفاوت الناس فيه. وإن أعار للركوب صح من حيث إنه تعيين للانتفاع والمنتفع، لأن جهة الانتفاع والمنتفع لم تكن معينة فإذا أعاره للركوب فقد عين جهة الانتفاع والمنتفع لا أنه يملك لأن مَنْ استعار للركوب لا يملك أن يعير غيره لتفاوت الناس في الركوب لكن لما أطلق كان تعيين الراكب مفوّضاً إلى المستعير فإذا عين غيره تعين حتى لو ركب بعد ذلك بنفسه ضمن وإليه ذهب فخر الإسلام علي البزدوي في شرح الجامع الصغير وتبعه الصدر الشهيد. وقال شيخ الإسلام المعروف بخوهر زاده: أنه لا يضمن وهذا أصح عندي لأن المستعير من المستعير إذا لم يضمن بالركوب أو اللبس لأنه استعمل العين بإذن المستعير وتمليكه فلأن لا يضمن إذا ركبه بعد ذلك أو لبسه بالطريق الأولى لأنه استعمله بالملك لأنه لو لم يملك لما ملك غيره اهـ ما قاله الإتقاني رحمه اللّه.

قوله: (**وإن كانت**) هذا هو الوجه الثاني اهـ **قوله**: (**وإن كان لا يختلف**) قال في الهداية: وله أن يعيره إذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل. قال الإتقاني: وذلك مثل خدمة العبد وزراعة الأرض وسكنى الدار وحمل الدابة، أما الركوب واللبس فيختلف باختلاف المستعمل اهـ فقوله: وزراعة الأرض مخالف لقول الشارح رحمه اللّه سابقاً بأربعة أسطر والزراعة فإنه عدها مما يختلف باختلاف المستعمل اهـ **قوله**: (**وإن كانت**) هذا هو الوجه

أن يودع مطلقاً منهم الكرخي **واستدلوا عليه بمسألة ذكرها في الجامع أن** المستعير إذا بعث العارية إلى صاحبها على يد أجنبي فهلكت في يد الرسول ضمن المستعير العارية وليس ذلك إلا إيداعاً منه / قال **الباقلاني**: هذا القول أصح لأن الإيداع تصرف [٧٩ ب/٣] في ملك الغير وهو العين بغير إذنه قصداً فلا يجوز بخلاف الإعارة لأنه تصرف في المنفعة قصداً وتسليم العين من ضروراته فافترقا. وأكثرهم على أنه يجوز منهم مشايخ العراق وأبو الليث والشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل **والصدر الكبير برهان الأئمة** لأن الإيداع دون الإعارة والعين وديعة عند المستعير في العارية فإذا ملك الأعلى فأولى أن يملك الأدنى. قال ظهير الدين المرغيناني: وعليه الفتوى.

قال رحمه الله: (**وعارية الثمنين والمكيل والموزون** والمعدود قرض) لأن الإعارة إذن في الانتفاع به ولا يتأتى الانتفاع بهذه الأشياء إلا باستهلاك عينها ولا يملك

الثالث اهـ **قوله**: (**وإن كانت**) هذا هو الوجه الرابع اهـ **قوله**: (**واختلفو في إيداع المستعير**) أي قصداً اهـ إتقاني. (فرع) والحاصل أن العارية المطلقة تعار ولا تؤاجر وفي إيداعها اختلاف المشايخ، والوديعة لا تودع ولا تعار ولا تؤاجر والشيء المستأجر يعار ويؤاجر، وفي إيداعه اختلاف المشايخ كذا في شرح الطحاوي اهـ إتقاني. **قوله**: (**واستدلوا عليه بمسألة ذكرها في الجامع**) أي الجامع الصغير اهـ إتقاني. سيأتي الجواب عن هذه المسألة في كلام الشارح عند قوله: وإن ردّ المستعير الدابة مع عبده اهـ **قوله**: (**الباقلاني**) كذا بخط الشارح رحمه الله والذي في النهاية البقالي اهـ **قوله**: (**والصدر الكبير برهان الائمة**) والد الصدر الشهيد قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير: وإليه أشار محمد في آخر كتب كتاب العارية فإنه قال: المعير إذا وجد الدابة المستعارة في يد رجل يزعم أنها ملكه فهو خصم، وإذا قال: الذي في يديه قد أودعنيها فلان الذي أعرتها منه فليس بخصم فهذا يدل على أن للمستعير أن يودع وعليه الفتوى. قلت: هكذا وجدت هذه الرواية منصوصة في آخر كتب كتاب العارية من الأصل اهـ إتقاني. **قوله**: (**وعليه الفتوى**) وسيأتي في كلام الشارح عند قوله: وإن رد المستعير الدابة مع عبده أن المختار أن المستعير له أن يودع فراجعه فقد ذكر الشارح هناك الجواب عن المسألة التي استدل بها على منع الإيداع والله الموفق اهـ **قوله في المتن**: (**وعارية الثمنين والمكيل والموزون إلخ**) قال الحاكم الشهيد في الكافي: وعارية الدراهم والدنانير والفلوس قرض وكذلك كل ما يكال أو يوزن أو يعد عداً مثل الجوز والبيض إلى هنا لفظ الكافي، وكذلك الأقطان والصوف والإبريسم والمسك والكافور وسائر متاع العطر والصنادلة التي لا تقع الإجارة على منافعها قرض، كذلك قاله الإتقاني ثم قال قال الحاكم في الكافي: وإن استعار آنية يتجمل بها في منزله أو سيفاً محلى أو منطقة مفضضة أو خاتماً لم يكن شيء من هذا قرضاً إلى هنا لفظ الكافي وذلك لأنه أمكن العمل بحقيقة الإعارة وهو تمليك

الاستهلاك إلا إذا ملكها **فاقتضت تمليك عينها ضرورة** وذلك بالهبة أو بالقرضِ، والقرضُ أدناهما ضرراً لكونه **يوجب ردّ المثل** ولأن العارية توجب ردّ العين والقرض يوجب ردّ المثل وهو يقوم مقام العين ولهذا صير إليه في ضمان العدوان فاتفقا هذا إذا لم يبين جهة الانتفاع بها فإن بين جهة ينتفع بها مع بقاء عينها بأن يستعيرها ليعاير بها ميزاناً أو مكيلاً أو ليزين بها دكانه أو غير ذلك من الانتفاعات صارت عارية أمانة ليس له أن ينتفع بإهلاكها فكان نظير عارية الحلي والسيف المحلى.

قال رحمه اللّه: (وإن أعار أرضاً للبناء أو للغرس صح) لأن منفعتها معلومة ويجوز الانتفاع بها شرعاً وإيجارها فكذا إعارتها بل أولى لكونها تبرعاً.

قال رحمه اللّه: (وله أن يرجع) لأن العارية غير لازمة فكان له أن يرجع أيّ وقت شاء.

قال رحمه اللّه: (ويكلفه قلعهما) أي قلع البناء والغرس لأنه شاغل أرضه بملكه فيؤمر بالتفريغ إلا إذا شاء أن يأخذهما بقيمتهما فيما إذا كانت الأرض تستضر

المنافع مع بقاء العين على ملكه لأنه يتجمل بهذه الأشياء والتجمل بالمال نوع انتفاع، وقال في خلاصة الفتاوي ولو قال لآخر: أعرتك هذه القصعة من الثريد فأخذها فعليه مثله أو قيمته وهو قرض إلا إذا كان بينهما سعة ويكون ذلك دليل الإباحة، وفي العيون قال خلف بن أيوب: سألت محمداً رحمه اللّه عن رجل استعار من رجل رقعة يرقع بها قمصيه أو خشباً يدخله في بنائه قال: لا يكون هذا عارية وهو ضامن لذلك كله وهو بمنزلة القرض فإن قال: أردّه عليك فهو عارية اهـ **قوله: (فاقتضت تمليك عينها ضرورة)** قال في الكافي في باب الصرف: استقرض كرّ بر وقبضه ملكه. وعن أبي يوسف لا يملكه حتى يستهلكه لأن القرض إعارة إلا أن العين هنا قامت مقام المنفعة وهي لا تملك إلا باستهلاكها فكذا العين، ولهما أن العين لما قامت مقام المنفعة قام قبضها مقام قبض المنفعة فلو باعه من مقرضه صح لأنه باع ملك نفسه، ولو اشتراه من مقرضه لم يصح لأنه اشترى ملك نفسه وفيه خلاف أبي يوسف، فإن اشترى ما عليه من البر من مقرضه بمائة درهم صح لأنه مقدور التسليم لكونه في ذمته فإن تفرقا قبل قبض بدله فسد للافتراق عن دَين بدَين فإن نقد بدله في المجلس صح للافتراق عن عين بدين فلو نقد حتى صح ثم وجد بالكر عيباً لم يردّه لأنه ملكه بالقرض وهو تبرع لا يقتضي السلامة عن العيب ولكن يرجع بنقصان العيب من الثمن لأن المبيع كرّ في الذمة بدلاً عن القرض والقرض معيب، فالكر الذي وجب بدلاً عنه يكون معيباً أيضاً وقد تعذر ردّه لأنه كان في ذمته وسقط لما اشتراه عن ذمته فصار كما لو هلك المبيع ثم علم بعيب به فإنه يرجع بنقصانه، وإنما يعرف النقصان بأن يقوّم الكرّ القرض غير معيب ويقوّم وبه هذا العيب فيرجع بفضل ما بينهما، ولو اشتراه بكرّ مثله لا

بالقلع **فحينئذ يضمن** له قيمتهما مقلوعين ويكونان له كيلا تتلف عليه أرضه ويستبدّ هو بذلك، لأنه صاحب أصل بخلاف ما إذا كانت الأرض لا تستضر بالقلع حيث لا يجوز الترك إلا باتفاقهما بخلاف القلع حيث لا يشترط فيه اتفاقهما في هذه الحالة بل أيهما طلب القلع أجيب.

قال رحمه اللّه: (ولا يضمن إن لم يوقت) أي رب الأرض لا يضمن للمستعير ما نقص من البناء والغرس بالقلع إن لم يوقت للعارية وقتاً. وقال مالك رحمه اللّه: يلزمه ضمان قيمتهما ويتركان في أرضه لأنه صار مغروراً من جهته فيلزمه الضمان كما إذا وقت للعارية وقتاً فرجع قبل الوقت، قلنا: العارية غير لازمة فيكون له الرجوع في كل وقت فلم يكن غاراً له بالإطلاق. وإنما هو اغتر بنفسه بخلاف ما إذا كانت مؤقتة فرجع قبل الوقت لأنه يصير غاراً له بذلك حيث نص على تركها في يده **إلى الوقت المذكور** وهذا لأن ظاهر حال المسلم أن يفي بالوعد **فيكون مغروراً** من جهته فكان له أن يرجع عليه دفعاً للضرر عن نفسه بسببه.

قال رحمه اللّه: (**وإن وقت فرجع قبله ضمن ما نقص بالقلع**) وقال زفر رحمه اللّه: لا يضمن لأن التوقيت في العارية غير ملزم كأصل عقدها، ولهذا كان له أن يستردّها في أي وقت شاء، والغرور وإنما يثبت في ضمن عقد المعاوضة لا في التبرّعات، ولهذا لو هلكت العارية عند المستعير فاستحقها مستحق وضمنه قيمتها لا يكون له

يرجع أيضاً لأنه ربا اهـ **قوله: (يوجب ردّ المثل)** بخلاف الهبة اهـ **قوله: (فحينئذ يضمن)** والحاصل أن القلع إذا كان يضر بالأرض فالخيار لرب الأرض اهـ (فرع) في الذخيرة والمغني قال أبو علي النسفي حاكياً عن أستاذه: أن المستعير لا يجبر على النفقة بل يقال له: إن شئت فانفق وإلا فخل يدك عنه. وقال أبو نصر: لو استعار عبداً فطعامه على المستعير، ولو أن مولاه أعاره فطعامه على المعير، قال أبو الليث: يعني إذا قال مولى العبد: خذ عبدي واستخدمه من غير أن يستعيره المستعير فإن هذا بمنزلة الوديعة فطعامه على مولاه، وأما الكسوة فعلى المعير في الأحوال كلها اهـ كاكي رحمه اللّه. **قوله: (إلى الوقت المذكور)** قال الإتقاني: وإنما جاز له الرجوع قبل الوقت لأن العارية مقتضاها الرجوع فلا يغيره التوقيت ولكن يكره الرجوع لئلا يلزم الخلف في الوعد وذلك مكروه لقوله عليه الصلاة والسلام: «المسلمون عند شروطهم» اهـ **قوله: (فيكون مغروراً)** أي مغروراً من جهة الالتزام معنوي على ما يأتي اهـ **قوله في المتن: (وإن وقت فرجع قبله)** أي المعير اهـ **قوله في المتن: (أيضاً ضمن ما نقص بالقلع)** أي البناء والغرس اهـ قال في الهداية: وضمن المعير ما نقص البناء والغرس، قال الإتقاني: أي نقصان البناء والغرس على أن ما مصدرية ويجوز أن تكون موصولة بمعنى الذي فعلى هذا يكون البناء والغرس منصوبين، وعلى الأوّل يكونان مرفوعين، والغرس يروى بالفتح على إرادة

[٨٠ أ/٣] الرجوع بما ضمن. وفي المعاوضات / كالبيع والإجارات له ذلك فصار كما إذا كانت العارية مطلقة ونحن قد فرقنا بينهما، ولأن كلام العاقل يحمل على الفائدة ما أمكن وجواز العقد يثبت بدون التوقيت فلا بدّ للتوقيت من الفائدة ولا يكون ذلك إلا بالتزامه القيمة له عند الرجوع قبل الوقت فصار كأنه قال: إن رجعت قبل الوقت فأنا ضامن لك فيلزمه بحكم التزامه لا بمجرد العقد. ومعنى قوله: ضمن ما نقص أن يقوّم قائماً غير مقلوع لأن القلع غير مستحق عليه قبل الوقت.

قال رحمه اللّه: (ولو استعارها ليزرعها **لم تؤخذ منه حتى يحصد**) **الزرع استحساناً** (وقت أو لم يوقت) لأن له نهاية معلومة فيترك بأجر المثل **لأن فيه مراعاة الحقين** كما في الإجارة إذ انقضت المدّة والزرع لم يدرك.

قال رحمه اللّه: (**ومؤنة الردّ على المستعير** والمودع والمؤجر والغاصب **والمرتهن**) لأن المنفعة حصلت لهم والأصل أن مؤنة الردّ تجب على من وقع القبض له، أما المستعير فلأنه قبضه لمنفعة نفسه والردّ واجب عليه، **ولهذا لو كانت العارية مؤقتة** فأمسكها بعد مضي الوقت ولم يردّها حتى هلكت ضمن بخلاف المستأجر، فإذا

المغروس بالكسر وهو ظاهر اهـ **قوله في المتن: (لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع استحساناً)** قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: والقياس في ذلك مثل الغرس والبناء لأنه انتهى العقد فكان له حق التفريغ. وجه الاستحسان أنا لو أمرناه بالقلع لأضررنا به من غير نفع يعود إلى المالك ولو بقيناه لنفعناه من غير ضرر يعود إلى المالك لأنا نبقيه بأجرة والجمع بين الحقين أولى بخلاف النخل، لأنه ليس لإدراكه غاية معلومة فلو بقيناه لعطلنا عليه منفعة أرضه. أما هذا فلإدراكه غاية معلومة حتى لو كان الغراس للبيع والنقل لا للاستيفاء كان الحكم فيه كالحكم في الزرع بخلاف الغاصب حيث يؤمر بقلع الزرع إذا زرع الأرض لأنه جان في الابتداء وقد مست الحاجة إلى رفع العدوان وهاهنا بخلافه كذا في شرح الكافي اهـ إتقاني. **قوله: (لأن فيه مراعاة الحقين)** أي حق المعير والمستعير وذلك لأنه يترك الأرض في يد المستعير بأجر المثل لئلا تفوت منفعة الأرض مجاناً ولا يتلف زرع الآخر أيضاً فيعتدل النظر من الجانبين اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (ومؤنة الردّ على المستعير إلخ)** قال في شرح الطحاوي للإمام الإسبيجابي: وعلف الدابة على المستعير سواء كانت مطلقة أو مقيدة وكذلك مؤنة الردّ على المستعير اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (أيضاً والمرتهن)** قال الإتقاني نقلاً عن شرح الطحاوي للإمام الإسبيجابي في كتاب العارية: وفي الرهن مؤنة الردّ على الراهن اهـ ولا يخفى ما فيه من المخالفة اهـ وفي الخلاصة أن مؤنة الرهن على الراهن وعزاه لشرح الطحاوي أيضاً ولم يحك خلافه، وفي الجوهرة على المرتهن كما في الكنز وهو الظاهر اهـ **قوله: (ولهذا لو كانت العارية مؤقتة إلخ)** سيأتي هذ الفرع في

وجب عليه الردّ كانت مؤنته عليه لأن الخراج بالضمان والغرم بالغنم، وأما المستأجر فلان العين المستأجرة مقبوضة لمنفعة المالك لأن الأجر سلم له به ولا يجب على المستأجر ردّها **وإنما يجب عليه التمكين والتخلية** فلا يكون عليه مؤنة الردّ، ولا يقال: قبضه كان لمنفعة نفسه فوجب أن تكون المؤنة عليه لأنا نقول: أن ما حصل له منفعة وهي عرض يفنى وما حصل للمؤجر عين تبقى فكان هو بالوجوب أولى. وأما الوديعة فلأن منفعة القبض حاصلة له لأنه لحفظ العين ومنفعة حفظها عائد إليه فكانت مؤنة ردّها عليه. وأما العين المغصوبة فلأن الغاصب يجب عليه نسخ فعله وذلك بردّها وإعادتها إلى يد مالكها كما كانت لأنه هو الذي أزال يده متعدّياً ففي ردّها براءة ذمته فيكون عليه مؤنة ردّها دفعاً للضررعن المالك **وأما الرهن فلأن قبضه** قبض استيفاء فكان قابضاً لنفسه.

قال رحمه اللّه: ﴿**وإن ردّ المستعير الدابة** إلى اصطبل مالكها أو العبد إلى دار المالك برئ بخلاف المغصوب والوديعة﴾ وهذا استحسان والقياس أن لا يبرأ **لأنه لم**

أواخر الصفحة الآتية في الشرح فراجعه اهـ وكتب ما نصه قال في الوجيز: العارية إذا كانت مطلقة في الوقت والانتفاع بأن استعار دابة أو ثوباً ولم يوقت ولا من يستعمله فللمستعير أن يلبس ويركب غيره والعارية المقيدة فيهما بأن استعار شيئاً يوماً وبين أنه يستعمله بنفسه ففي الدابة والثوب ليس له أن يركب ويلبس غيره وله أن يعير غيره للحمل وفي العبد والدار له أن يعير غيره، وإن كانت مؤقتة في الوقت مطلقة في الانتفاع بأن استعار دابة يوماً ولم يسم ما يحمل عليها فله أن يحمل عليها ما شاء في اليوم فإن أمسكها بعد وقت ضمن، وإن لم ينتفع بها وهو الصحيح. وإن كانت مطلقة في الوقت مقيدة في الانتفاع بأن استعارها ليحمل عليها حنطة فله أن يحمل عليها الحنطة متى شاء اهـ وهذه الأوجه الأربعة المذكورة وإن تقدمت في كلام الشارح فإنما أعدتها الفائدة اهـ **قوله**: ﴿**وإنما يجب عليه التمكين والتخلية**﴾ قال في البدائع: حتى لو استأجر دابة ليركبها في حوائجه في المصر وقتاً معلوماً فمضى الوقت فليس عليه تسليمها إلى صاحبها بأن يمضي بها إليه وعلى الذي آجر أن يقبضها من منزل المستأجر لأن المستأجر وإن انتفع لكنه بعوض فبقيت العين أمانة في يده ولهذا لا يلزمه نفقتها حتى لو أمسكها أياماً فهلكت لم يضمن سواء طلبها منه أو لم يطلبها لأنه لم يلزمه الردّ إلى بيته بعد الطلب فلم يكن متعدياً في الإمساك كالمودع إذا امتنع من ردّ الوديعة إلى بيت المودع فهلكت اهـ **قوله**: ﴿**وأما الرهن فلان قبضه**﴾ أي قبض المرتهن اهـ **قوله في المتن**: ﴿**وإن ردّ المستعير الدابة**﴾ قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي: وإذا ردّ المستعير الدابة فلم يجد خادمها ولا صاحبها فربطها في دار صاحبه على معلفه فضاعت، قال: هو ضامن لها في القياس ولكني أستحسن أن لا أضمنه إلى

يردّهما إلى صاحبهما وإنما ضيعهما تضييعاً فصار كالمغصوب والوديعة **وجه الاستحسان** أنه أتى بالتسليم المتعارف وهو المعوّل عليه، وهذا لأن الاصطبل أو الدار في يد المالك ولو ردّهما على المالك كان يردّهما إلى الاصطبل أو الدار فكان الردّ إليهما ردّاً على المالك **بخلاف الوديعة** لأنها للحفظ ولم يرض بحفظ غيره، إذ لو رضي به لما أودعها عنده وبخلاف الغصب لأنه صار متعدّياً بإثبات يده في العين وبإزالة يد صاحبها فلا بدّ من إزالة يده وإثبات يد صاحبها فيها وذلك بالتسليم حقيقة وقيل: هذا في عادتهم، وفي زماننا لا يبرأ إلا بالتسليم إلى يد صاحبهما. وعن ابن سلمة أنه إن كان المربط خارج الدار لا يبرأ لأن الظاهر أن الدابة تكون هناك بلا حافظ.

قال رحمه الله: (وإن ردّ المستعير الدابة مع عبده أو أجيره مشاهرة أو مع عبد رب الدابة أو **أجيره بريء** بخلاف الأجنبي) والقياس أن لا يبرأ إلا بالتسليم والإيصال إلى يد صاحبها ووجهه ما بيناه. ووجه الاستحسان أن كل واحد من المعير والمستعير يحفظ دوابه بسائسه والدفع/ إليه كالدفع إلى صاحبها عادة وهو لو دفعها [٨٠ ب/٣] إلى المالك لدفعها هو إلى السائس وحفظه بسائسه كحفظه بنفسه كما مر في الوديعة فيكتفي بالتسليم منه إلى السائس أو من السائس إلى السائس أو من السائس إلى المالك، بخلاف الوديعة حيث يضمن بالدفع إلى سائس المالك لعدم العرف بالتسليم إليه، ولأنه إنما أودعه لكونه لم يرض بغيره ولو رضي به لما أودعها عنده، **بخلاف غلام نفسه** حيث يكون له أن يدفع الوديعة إليه على ما بينا غير مرة أنه لا بد له منه وهذا في الأشياء التي تكون في يد الغلمان عادة. وأما إذا لم تكن في أيديهم عادة كعقد

هنا لفظ الكافي، وقال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره: وإن ردّ المستعير الدابة إلى منزل صاحبها الذي يكون فيه فربطها على آريها فهلكت بعد ذلك فلا ضمان عليه استحساناً، والقياس أنه يضمن إلى هنا لفظ الكرخي وبالقياس أخذ الشافعي كذا في شرح الأقطع وجه القياس أنه لم يوجد الردّ إلى المالك اهـ إتقاني. **قوله: (لأنه لم يردّهما)** أي الدابة أو العبد اهـ **قوله: (وجه الاستحسان)** قال الإتقاني: وجه الاستحسان أنه أتى بالتسليم المعتاد بين الناس لأن الناس يستعيرون الدابة فيردّونها إلى اصطبل المالك والجيران يستعيرون آلة البيوت ويردّونها إلى دار صاحبها ويسلمونها إلى من فيه دون صاحب الدار فلو ردّ إلى المالك أيضاً كان المالك أيضاً يحفظها بهذا المكان فقد أسقط عنه المستعير كلفة زائدة فترك القياس بالعادة قال النبي ﷺ: «ما رآه المؤمنون حسناً فهو عند الله حسن»(١) ولهذا قال مشايخنا لو كانت العارية عقد جوهر لم يجز أن يردّها إلا إلى المعير لأن العادة لم تجر بحفظه في الدار ولا دفعه إلى الغلام. **قوله: (بخلاف الوديعة)** أي حيث لا

---

(١) تقدم تخريجه.

لؤلؤ ونحو ذلك فردّها المستعير إلى يد غلام صاحبها أو وضعها في داره أو اصطبله يضمن لأن العادة لم تجر به في مثله ولهذا لو دفعه المودع إلى غلامه يضمن. ثم قيل: هذا إذا ردّها إلى يد عبده الذي يقوم على الدواب والأصح أنه إليه وإلى غيره لأنه إن لم يكن في يده دائماً يدفع إليه في بعض الأوقات فيكون رضا المالك موجوداً دلالة. وقوله: بخلاف الأجنبي يعني بخلاف ما إذا ردّها مع الأجنبي فإنه يضمن لأنه متعدّ في يد الأجنبي **وهذا يشهد لمن قال من المشايخ: أن المستعير** ليس له أن يودع وعلى المختار أن هذه المسألة محمولة على ما إذا كانت العارية مؤقتة فمضت مدّتها ثم بعثها مع الأجنبي لأنه بإمساكها بعد مضي المدّة يصير متعدّياً حتى إذا هلكت في يده ضمن فكذا إذا تركها في يد الأجنبي وهذا لأن الوديعة أدنى حالاً من العارية فإذا

يبرأ فيها إلا بالردّ إلى المالك اهـ **قوله في المتن: (أو أجيره بريء)** أي لأن المستعير في حق العين مودع وأمين والمودع يملك الدفع إلى من في عياله فكذا المستعير وعبده في عياله، وكذا أجيره إذا كان مسانهة أو مشاهرة بخلاف الأجير مياومة لأنه ليس في عياله فكان الردّ إلى يد هؤلاء كالردّ إلى يد المالك اهـ إتقاني. **قوله: (بخلاف غلام نفسه)** قال ظهير الدين إسحاق الولوالجي في فتاواه: ولو كان على دابة بعارية أو إجارة فنزل عنها في السكة أو دخل المسجد ليصلي فخلى عنها فهلكت فهو ضامن لها لأنه لما دخل المسجد والبيت وتركها خارج المسجد والبيت فقد ترك الحفظ لما غيبها عن عينه. ومن مشايخنا من قال: هذا إذا لم يربطها بشيء، أما إذا ربطها لا يضمن لأنه متعارف، وإن كان في الصحراء ونزل ليصلي وكان يمسكها فانفلتت منه فلا ضمان عليه لأنه لما أمسكها لم يترك حفظها. وقال في الفتاوى الصغرى: استعار من آخر دابة ليحمل عليها حنطة فبعث المستعير الدابة مع وكيله ليحمل عليها الحنطة فحمل الوكيل طعاماً لنفسه لا يضمن نص عليه في باب خصومة المتفاوضين من كتاب الشركة ثم قال: وهذا شيء عجيب ثم قال في الفتاوى الصغرى: استعار ثوراً ليكرب أرضه وعين الأرض وكرب أرضاً أخرى فعطب الثور يضمن لأن الأراضي تختلف في الكراب سهولة وصعوبة بخلاف من استعار دابة ليذهب إلى مكان معلوم فذهب إلى مكان آخر بتلك المسافة كان ضامناً، وكذا لو أمسك الثور في بيته ولم يكرب حتى عطب ضمن لأنه ليس له ولاية الإمساك لعدم الرضا من المالك وكذا في الإجارة إذا أمسك ولم يذهب ثم قال المستعير: إذا وضع المستعار بين يديه ونام لا يضمن لأن هذا حفظ عادة لكن هذا إذا نام جالساً. أما إذا نام مضطجعاً يضمن اهـ إتقاني. **قوله: (ثم قيل: هذا)** أي عدم الضمان بالردّ إلى رب الدابة اهـ **قوله: (وهذا يشهد لمن قال من المشايخ: أن المستعير إلخ)** قال الإتقاني: ودلت المسألة هذه على أن المستعير لا يملك الإيداع قصداً وإليه ذهب الشيخ أبو الحسن الكرخي وقد مر، ومن قال: بأنه يملك الإيداع

كان يملك الإعارة فيما لا يختلف فأولى أن يملك الإيداع على ما بينا من قبل، ولا يختص بشيء دون شيء لأن الكل لا يختلف في حق الإيداع وإنما يختلف في حق الانتفاع.

قال رحمه الله: (**ويكتب المعار** أطعمتني أرضك) أي إذا استعار أرضاً بيضاء للزراعة يكتب المستعير إنك أطعمتني أرضك وهذا عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه. وقالا: يكتب إنك أعرتني لأن الإعارة هي الموضوعة لهذا العقد **والكتابة باللفظ الموضوع له أولى** كما في إعارة الثوب والدار فإنه يكتب فيه أعرتني ولا يكتب ألبستني ولا أسكنتني، وله أن لفظ الإطعام أدل على المقصود لأنه يخص الزراعة لأن الإطعام إذا أضيف إلى ما لا يؤكل يعرف منه أن المراد به الاستغلال **بالتمكين من الزراعة** بخلاف لفظ الإعارة فإنها تنتظم الزراعة والبناء والمراح ونَصب الخيام بخلاف الدار والثوب لأن منفعتهما غير متنوعة فحصل المقصود بذكر العارية فلا حاجة إلى بيان المنفعة، وعلى هذا ينبغي أن يكتب في كل فصل ما هو أدل على المقصود حتى يكتب في استعارة الأرض أنك أطعمتني أرض كذا لأزرعها ما أشاء من غلة الشتاء أو الصيف لأنه أدل على المقصود وأبعد من الاختلاف والله أعلم.

وهو اختيار مشايخ العراق يؤوّل هذه المسألة فيقول: بأن العارية قد انتهت فبقي مودعاً، والمودع لا يملك الإيداع بالاتفاق اهـ **قوله في المتن**: (**ويكتب المعار**) أي المعار له اهـ **قوله**: (**والكتابة باللفظ الموضوع له أولى**) أي لأن الحقيقة أحق بان تراد. وبقولهما أخذ الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير اهـ إتقاني. **قوله**: (**بالتمكين من الزراعة**) قال الإتقاني: وجه قول أبي حنيفة أن عارية الأرض قد تكون للزراعة وقد تكون لغيرها من السكنى والبناء، ولفظ الإطعام أدل على المراد لأن قوله: أطعمتك هذه الأرض معناه أذنت لك أن تزرع فيها لتأكل من غلاتها فلما كان كذلك يكتب بها لتزول الشبهة ويعلم أنه أذن له في الزراعة خاصة دون البناء والسكنى ولفظة الإطعام وإن كان مجازاً معلوم لكونه متعارفاً لأن كل واحد يعلم أن ذات الأرض لا تؤكل فكان أولى بالاستعمال لتبين المراد بها اهـ

كتاب الهبة

قال رحمه اللّه: (هي تمليك العين بلا عوض) هذا في الاصطلاح وفي اللغة هي التبرع والتفضل بما ينفع الموهوب له مطلقاً. قال اللّه تعالى: ﴿فهب لي من لدنك ولياً﴾ [مريم: ٥]. وقال تعالى: ﴿يهب لمن يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء الذكور﴾ [الشورى: ٤٩] الآية. وهي من صفات الكمال فإن اللّه تعالى وصف بها نفسه بقوله عز وجل: ﴿ربك العزيز الوهاب﴾ [ص:٩]. والبشر إذا باشرها فقد اكتسب من أشرف الصفات لما فيها من استعمال الكرم وإزالة شح النفس وإدخال السرور في قلب الموهوب له وإيراث المودة والمحبة بينهما وإزالة الضغينة/ [٨١ أ/٣] والحسد، ولهذا من باشرها كان من المفلحين. قال اللّه تعالى: ﴿ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون﴾ [الحشر:٩]، وهي مشروعة مندوب إليها بالإجماع. **وشرطها** أن يكون الواهب عاقلاً بالغاً حراً والموهوب له مميزاً والموهوب مقبوضاً. **وركنها الإيجاب والقبول**. وحكمها ثبوت الملك للموهوب له **من غير أن يكون لازماً**.

كتاب الهبة

قد ذكرنا وجه المناسبة في العارية وهو الترقي من الأدنى إلى الأعلى ولأن العارية كالمفرد والهبة كالمركب لأن فيها تمليك العين مع المنفعة. وكتب ما نصه قال الإتقاني: أما تفسيرها لغة فهي إعطاء الشيء بغير عوض أيّ شيء كان مالاً كان أو غير مال. قال تعالى: ﴿يهب لمن يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء الذكور﴾ [الشورى: ٤٩] أطلق اسم الهبة على الولد وإن لم يكن مالاً لأنه أعطانا بغير عوض وفي العرف يراد بها تمليك المال بغير عوض وهو المراد في الشريعة اهـ **قوله**: **(وشرطها)** قال الإتقاني: وأما شرط جوازها فالقبض حتى لا يثبت الملك للموهوب له عندنا قبل القبض خلافاً لابن أبي ليلى ومالك فإنه ليس بشرط عندهما، وكونها غير مشاع إذا كانت مما يحتمل القسمة شرط الجواز أيضاً وعند الشافعي هبة المشاع جائزة، وكذا التصرف بالمشاع وكون المحل المضاف إليه الهبة مالاً قابلاً للتمليك شرط الجواز أيضاً حتى إذا وهب المدبر أو أم الولد أو الخمر لا يصح اهـ **قوله**: **(وركنها الإيجاب والقبول)** قال الإتقاني: وأما ركنها فقد اختلف المشايخ فيه قال خواهر زاده في مبسوطه: هو مجرد إيجاب الواهب ولهذا قال علماؤنا: إذا حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يحنث في يمينه عندنا، وقال صاحب التحفة: وركنها الإيجاب والقبول ووجهه أن الهبة عقد والعقد هو الإيجاب والقبول اهـ **قوله**: **(من غير أن يكون لازماً)** إلا أن

قال رحمه اللّه: (وتصح بإيجاب)كقوله (وهبت ونَحَلت وأطعمتك هذا الطعام وجعلته لك وأعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة ناوياً به الهبة وكسوتك هذا الثوب وداري لك هبة تسكنها لا هبة سكنى أو سكنى هبة **وقبول** وقبض بلا إذن في المجلس وبعده به في محوز مقسوم ومشاع لا يقسم لا فيما يقسم) أي تصح الهبة بإيجاب كقوله وهبت إلخ، وبقبول وقبض في المجلس وفيما بعد المجلس يملكه بالإذن صريحاً لا غير كل ذلك في محوز ومشاع لا يقسم. أما الإيجاب والقبول فلأنه عقد **فينعقد بهما** كسائر العقود، وأما القبض فلا بد منه لثبوت الملك. وقال مالك رحمه اللّه: يثبت الملك فيه قبل القبض كالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «لا تجوز الهبة إلا مقبوضة» والمراد نفي الملك. وقال أبو بكر الصديق لعائشة رضي اللّه عنهما في مرضه: «كنت **نحلتك جداد** عشرين وسقاً من مالي بالعالية وإنك لم تكوني قبضتيه ولا حزتيه وإنما هو مال الورثة»[1] ولو كانت تملك قبل القبض لكان لها ذلك ولأن فيه إلزام المتبرع ما تبرع به فلا يجوز بخلاف الوصية لأن المتبرع قد مات والورثة ليسوا بمتبرعين . ولو قال:

يحصل مقصود الواهب من الهبة كصلة الرحم لكن يكره الرجوع لما فيه من الدناءة اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (وتصح بإيجاب وقبول)** قال الكاكي: أي تصح في حق الواهب بمجرّد الإيجاب وفي حق الموهوب له بالقبول والقبض، لأن الهبة عقد تبرع يتم بالمتبرع فصار عندنا بمنزلة الإقرار والوصية ولكن الموهوب له لا يملكه إلا بالقبول والقبض اهـ **قوله: (فينعقد بهما)** قال الإتقاني: أما الإيجاب والقبول فلأن الهبة عقد والعقد لا بد له من الإيجاب والقبول وأما القبض فهو شرط صحة الملك للموهوب له حتى لا يملك قبل القبض عندنا هذا في حق ثبوت الملك للموهوب له، أما إذا حلف وقال: لا يهب لفلان فوهب ولم يقبل يحنث في يمينه عندنا، وعند زفر لا يحنث بلا قبول وقبض لأنه تمليك فلا يفيد الملك إلا بالقبول كما في البيع. ولنا أن الهبة اسم لإيجاب ملك من جانب واحد وأنه يتم بالمالك إلا أن القبول شرط ثبوت الملك لا شرط وجود الهبة فصار كما إذا حلف لا يقر له بشيء أولا يوصي له بشيء فأقرّ أو أوصى هو ولم يقبل الآخر يحنث فكذا هذا بخلاف البيع فإنه تمليك من الجانبين فلا يتم إلا بهما، كذا في الحصر والمختلف وعند ابن أبي ليلى يثبت الملك قبل القبض كذا ذكر شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي وهو مذهب مالك اهـ **قوله: (نحلتك جداد)** قال ابن الأثير: في الجيم مع الدال المهملة الجداد بالفتح والكسر صرام النخل وهو قطع ثمرتها. يقال: جد الثمرة يجدّها جدّاً ومنه حديث أبي بكر قال لعائشة رضي اللّه عنهما: إني كنت نحلتك جداد عشرين وسقاً اهـ

---

(١) أخرجه مالك في الأقضية (١٤٧٤).

وهبتك هذا الشيء فقبضه الموهوب له من غير قبول صح وملكه لوجود القبض، وقوله: وقبض في المجلس بلا إذنه أي بلا إذن الواهب وهذا استحسان، والقياس أن لا يجوز إلا بإذنه **لأنه تصرف في ملك الغير فلا يجوز إلا بإذنه** وجه الاستحسان أن القبض كالقبول في الهبة ولهذا لا يملك بها قبله ويغني عن القبول كما بينا، والمقصود من الإيجاب إثبات الملك **فيكون تسليطاً له على القبض** دلالة، إذ ملكه لا يتصور إلا به **فيتقيد ذلك بالمجلس** كالقبول لأنه بمنزلته على ما بينا بخلاف ما إذا نهاه عن القبض

قوله: (**لأنه تصرف في ملك الغير**) وذلك لأن ملك الواهب فيه قبل قبض الموهوب له باق بدليل صحة تصرفه من البيع والإعتاق اهـ إتقاني. **قوله**: (**فلا يجوز إلا بإذنه**) وبه قال الشافعي اهـ إتقاني. **قوله**: (**فيكون تسليطاً على القبض**) أي اقتضاء اهـ إتقاني. وكتب ما نصه قال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه: فأما إذا نهاه عن القبض بعد الهبة بأن قال له: لا تقبض فقبض فإنه لا يصح قبضه قبض في المجلس أو بعد المجلس، أما بعد المجلس فلا إشكال فيه لأنه لو قبض في المجلس لم يصح قبضه فبعد المجلس أولى، وإن قبض في المجلس لم يصح لأنه نهى الواهب الموهوب له عن القبض رجوع عن الإيجاب لأن القبض في باب الهبة بمنزلة القبول في باب البيع، والبائع لو نهى المشتري عن القبول بعد الإيجاب كان ذلك رجوعاً منه عن الإيجاب دلالة فكذلك هذا، ولو رجع ثم قبض لا يصح قبضه فكذلك هذا اهـ إتقاني. **قوله**: (**فيتقيد ذلك بالمجلس**) أي وإن لم يوجد الإذن صريحاً بيانه ما قال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه أنه لا بد لبقاء الإيجاب على الصحة من القبض لأن القبض متى فات بالهلاك قبل التسليم لا يبقى الإيجاب صحيحاً، وإذا اكن من ضرورة بقاء الإيجاب من الواهب على الصحة وجود القبض لا محالة كان الإقدام على الإيجاب إذناً للموهوب له بالقبض اقتضاء، كما في البيع جعلنا إقدام البائع على الإيجاب إذناً للمشتري بالقبض مقتضى بقاء الإيجاب على الصحة إلا أن ما ثبت اقتضاء يثبت ضرورة والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة والضرورة ترتفع بثبوت الإذن في المجلس لأن الإيجاب يبقى صحيحاً متى قبض في المجلس فلا يعتبر ثابتاً فيما وراء المجلس بخلاف ما لو أثبت نصاً، لأن الثابت نصاً ثابت من كل وجه فيثبت في المجلس وبعد المجلس والجواب في البيع الفاسد على هذا التفصيل الذي ذكرنا في الهبة، وقال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: وإذا كان العبد الموهوب حاضراً فقال له الواهب: قد خليت بينك وبين الهبة فاقبضها وانصرف الواهب فقبضه الموهوب له جاز لأن التخلية إقباض منه، فإذا قبض بإذنه تم العقد قال فرق بين هذا وبين البيع فإنه إذا خلّى بينه وبين المبيع نزل قابضاً، وإن لم يباشر القبض بخلاف الهبة والفرق بينهما أن القبض واجب عليه في باب البيع وأنه محتاج إلى إخراج نفسه عن العهدة إذا أتى بما في وسعه وليس في وسعه إلا التخلية بخلاف الهبة، فإن التسليم ليس بواجب عليه في الهبة فإذا لم يسلمه إليه ويقبضه لا يعد

في المجلس لأن التصريح يفوق الدلالة فلا تعمل بمقابلته شيئاً ولهذا صح الإذن بعد المجلس لكونه صريحاً. وإنما انعقدت بقوله: وهبت لأنه صريح في الهبة. وبقوله: نحلت لأنه مستعمل فيه. قال عليه الصلاة والسلام: «أكلّ أولادك نحلت مثل هذا»(١) وكذا قال أبو بكر رضي الله تعالى عنه لعائشة رضي الله تعالى عنها: كنت نحلتك على ما بينا. وبقوله: أطعمتك هذا الطعام **لأن الإطعام إذا أضيف** إلى ما تؤكل عينه يراد به التمليك بغير عوض وهو الهبة بخلاف ما إذا قال: أطعمتك هذه الأرض لأن عينها لا تؤكل فيكون المراد به ما يستغلّ منها فأمكن ذلك بالعارية، وبقوله: جعلته لك لأن اللام للتمليك فصار كأنه قال: ملكتك هذ الثوب، ألا ترى أن ذلك لو كان بعوض كان تمليكاً فكذا بغير عوض. وبقوله: أعمرتك لقوله عليه الصلاة والسلام من أعمر عمري فهي للمعمر له ولورثته من بعده ولأن معنى العمري هو التمليك للحال واشتراط الاسترداد بعد موت المعمر له فصح التمليك وبطل الشرط لأن الهبة

مسلماً، وإن كان غائباً فأذن له في القبض جاز له أن يرجع ما لم يقبض لأن الهبة لا تلزم قبل إيصال القبض بها فصح رجوعه كذا في شرح الكافي. وقال الكرخي في مختصره: فإن أذن له في القبض فقبض الهبة بحضرة الواهب أو بغير حضرته جاز القبض اهـ إتقاني. وكتب ما نصه قال قاضيخان: رجل قال لآخر: وهبت عبدي هذا منك والعبد حاضر بحيث لو مدّ يده ناله فقال: قبضته. قال أبو بكر: جازت الهبة من غير قبول ويصير قابضاً في قول محمد. وقال أبو يوسف: لا يصير قابضاً ما لم يقبض، وإن كان العبد غائباً فقال: وهبت منك عبدي فلاناً فاذهب واقبضه فقبضه جاز، وإن لم يقل: قبلت وبه نأخذ اهـ كلام قاضيخان رحمه الله وعلم منه أن مجرد التخلية لا يكون قبضاً عند أبي يوسف ولا بد عنده من القبض الحقيقي. قال في المحيط في باب قبض الهبة ما نصه النوادر: رجل وهب من رجل ثوباً وهو حاضر فقال الموهوب له: قبضته قال أبو حنيفة: صار قابضاً لأنه متمكن من قبضه فأقيم تمكنه مقام قبضه كالتخلية في باب البيع، وقال أبو يوسف: لا يصير قابضاً ما لم يقبضه بنفسه لأنه غير قابض حقيقة اهـ وعلى هذا فمحمد مع أبي حنيفة رحمهما الله فقوله: الحقيقي أي: وهو نقله من ذلك المكان اهـ **قوله: (لأن الإطعام إذا أضيف إلخ)** قال الإتقاني رحمه الله ولنا في تقرير صاحب الهداية نظر لأنه قال: إن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين فعلى هذا ينبغي أن يكون المراد من الإطعام في الكفارة التمليك لا الإباحة كما هو مذهب الخصم لأن المراد من الإطعام إطعام الطعام والطعام يؤكل عينه

---

(١) أخرجه البخاري في الهبة (٢٥٨٦)، ومسلم في الهبات (١٦٢٣) واللفظ له، والترمذي في الأحكام (١٣٦٧)، والنسائي في النحل (٣٦٧٧)، وابن ماجه في الأحكام (٢٣٧٦)، وأحمد في مسنده (١٧٤٣)، ومالك في الأقضية (١٤٧٣).

لا تبطل بالشروط الفاسدة، وبقوله: حملتك على هذه الدابة ناوياً به الهبة لأن الأركاب تصرف في المنفعة فيكون عارية إلا إذا أراد به / الهبة فتصح لأنه مستعمل فيه يقال: [٨١ ب/٣] حمل الأمير فلاناً على الدابة يعنون به التمليك فتصح نيته لا سيما إذا كان تشديداً عليه، وبقوله: كسوتك هذ الثوب **لأن الكسوة يراد به التمليك**. قال اللّه تعالى: ﴿أو كسوتهم﴾ [المائدة: ٨٩]، والمراد به التمليك لأن الكفارة لا تتأدى بالمنافع وكذا يقال: كسا فلان فلاناً إذا ملكه لا إذا أعاره، وبقوله: **داري لك هبة** تسكنها لأن اللام فيه للتمليك ظاهراً، وقوله: تسكنها مشورة وتنبيه على المقصود فصار نظير قوله: هذا الطعام لك تأكله أو هذا الثوب لك تلبسه بخلاف ما إذا قال: **داري لك هبة** سكنى أو سكنى هبة، حيث تكون عارية على ما بينا في العارية وهو المراد بقوله: لا هبة سكنى أي لا تكون تمليكاً بقوله: داري لك هبة سكنى، وقوله: في محوز مقسوم ومشاع لا يقسم لا فيما يقسم أي تجوز الهبة في محوز مقسوم وفي مشاع لا يقسم ولا تجوز في مشاع يقسم **احترز بقوله: محوز عن المتصل** كالثمرة على الشجرة، وبقوله: مقسوم عن المشاع. وقال الشافعي رضي اللّه تعالى عنه: تجوز هبة المشاع فيما يقسم وفيما

فكان الإطعام في الآية مضافاً إلى ما يطعم عينه فافهم اهـ **قوله: (لأن الكسوة يراد به التمليك)** أي تمليك العين لا تمليك المنفعة اهـ **قوله: (والمراد به التمليك)** أي وألفاظنا تحمل على ما هو المراد من ألفاظ الشرع اهـ إتقاني. **قوله: (داري لك هبة)** نصب على الحال اهـ **قوله: (مشورة)** هي بتسكين الشين وفتح الواو وبضم الشين وسكون الواو بمعنى الشورى وهي استخراج رأى على غالب الظن اهـ إتقاني. **قوله: (قال: داري لك هبة)** نصب على الحال أو على التمييز اهـ **قوله: (احترز بقوله: محوز عن المتصل)** قال الإتقاني وقوله: محوزة احتراز عما إذا كانت الهبة مشغولة بما لم تقع عليه الهبة كالثمر في النخل والزرع في الأرض وكالظرف فيه متاع للواهب، وقوله: مقسومة احتراز عن المشاع قال علماؤنا: هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تتم ولا تفيد الملك قبل القسمة، وقال الشافعي: إنها تامة، وبعض أصحابنا قالوا: إنها فاسدة، والأصح ما قلناه كالهبة قبل القبض، ولا يقال: إنها فاسدة بل غير تامة كذا هذا وأجمعوا على أن هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة كالعبد والدابة تامة كذا قال علاء الدين العالم في طريقة الخلاف، وقال في الطريقة البرهانية قال علماؤنا: هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تفيد الملك قبل القبض، وقال الشافعي: تفيد الملك بالتخلية وأجمعوا على أن هبة الشائع الذي لا يحتمل القسمة تفيد الملك بالتخلية، وقال شيخ الإسلام علاء لدين الإسبيجابي في شرح الكافي: وإذا وهب الرجل للرجل نصيباً مسمى في دار غير مقسوم فسلمه إليه أو سلم إليه جميع الدار لم يجز، وكذا إن وهب له نصيباً في بيت كبير لم يجز لأن البيت يقسم وكل شيء يقسم لا يجوز وهذا عندنا خلافاً للشافعي. ونعني بقوله:

لا يقسم لأنها عقد تمليك والمحل قابل له فأشبهت البيع وكونه تبرعاً لا ينافي الملك في الشيوع **كالقرض والوصية** وتسليمه ممكن بالتخلية أو بتسليم الكل إليه كالمشاع الذي لا يحتمل القسمة، ولنا أن الخلفاء الراشدين وغيرهم من الصحابة رضي اللّه تعالى عنهم شرطوا القسمة لصحة الهبة ولأن القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط وجوده على أكمل الوجوه كما في استقبال القبلة لما كان منصوصاً عليه يشترط وجوده على الكمال حتى لو استقبل الحطيم لا تجوز صلاته مع أنه من البيت بالسنة ولأن القبض ثبت مطلقاً والمطلق يتناول الكامل والكامل هو الموجود من كل وجه والقبض في المشاع موجود من وجه دون وجه لأن القبض عبارة عن كون الشيء في حيز القابض والمشاع ليس في حيزه من كل وجه لأنه في حيزه من وجه وفي حيز شريكه من وجه وتمامها لا يحصل إلا بالقسمة لأن الأنصباء بها تتميز وتجتمع وما لم يجتمع لا يصير محرزاً أو يكون إحرازاً ناقصاً فلا ينهض لإفادة الملك. ولأن اشتراط أصل القبض في الهبة كان للتحرز عن وجوب الضمان على المتبرع إحتمال هلاكه قبل القبض أو كيلا يلزمه المطالبة بالتسليم، وهذا المعنى هنا **لأنه لو صح** لوجب عليه أجرة القسمة والمطالبة بالقسمة فيصير عقد التبرع موجباً لضمان القسمة على المتبرع ولمطالبته بالقسمة وهو خلاف موضوع التبرع قال اللّه تعالى:

أنه يقسم أنه يبقى منتفعاً به انتفاع البيت بعد القسمة. أما إذا لم يبق منتفعاً به ذلك النوع من الانتفاع مثل الحمام الصغير إذا قسم والبيت الصغير فإنه تجوز هبته قبل القسمة اتفاقاً. وقال شيخ الإسلام أبو بكر المعروف بخواهرزاده في مبسوطه قال علماؤنا إذا وهب مشاعاً يحتمل القسمة لا يجوز سواء وهب من الأجنبي أو من شريكه، وقال الشافعي: يجوز من الأجنبي ومن الشريك. وقال ابن أبي ليلى: إن وهب من الأجنبي لم يجز، وإن وهب من الشريك جاز وأجمعوا على أنه إذا وهب ما لا يحتمل القسمة فإنه يجوز ولا يريدون بقولهم: لا يحتمل القسمة أنه لا يحتمل التجزئ في نفسه لأنه ما من شيء في الدنيا إلا ويحتمل التجزئ في نفسه وإنما يريدون بقولهم: لا يحتمل القسمة أن المنفعة تفوت أصلاً بالقسمة والتجزئ كما في العبد متى قسم وجزئ تفوت المنفعة أصلاً أو تفوت جنس المنفعة كما في الحمام والبيت الصغير إلى هنا لفظ خواهر زاده اهـ **قوله: (كالقرض والوصية)** قال الإتقاني: وكذلك قرض المشاع في الذي يحتمل القسمة صحيح والقرض تبرع والتبرع لا يصح بدون القبض بيانه أنه نص في كتاب المضاربة في رجل دفع إلى رجل ألفاً نصفه قرضاً ونصفه مضاربة فإنه يصح. وكذلك لو أوصى بثلث داره شائعاً يصح ويثبت الملك قبل القبض اهـ إتقاني. **قوله: (لأنه لو صح)** أي هبة المشاع فيما يقسم وظاهره كما ترى يشعر بعدم الصحة، وقد قدمت لك قريباً أن الأصح أنها صحيحة غير تامة لا فاسدة كما قال به

﴿ما على المحسنين من سبيل﴾ [التوبة: ٩١]، بخلاف ما لا يقسم لأنه لا يجب أجرة القسمة فيه ولا يتصور فيه إلا بالقبض الناقص فاكتفى به ولأنا لو اعتبرنا كمال القبض فيه لانسدّ باب الهبة فيه وفيما يقسم لا ينسدّ، ولا يقال: يستوجب المهايأة فيما لا يقسم وهو إيجاب على المتبرع فوجب أن يمتنع لأنا نقول: المهايأة قسمة المنافع والتبرع وقع في العين فيكون إيجاباً في غير ما تبرع به فلا يبالي، وإنما المحظور الإيجاب في عين ما تبرع به والقبض في الوصية **ليس بشرط لصحتها** وكذا في البيع الصحيح وفي البيع الفاسد والسلم والصرف غير منصوص عليه. وقوله عليه الصلاة والسلام: «يداً بيد»(١) المراد به التعيين غير أن التعيين في الثمنين يكون بالقبض، ولأن القبض فيه شرط البقاء على الصحة لا شرط الصحة/ والبقاء أسهل من الابتداء، ولأن هذه عقود معاوضة فلا يبالي بوجوب ضمان القسمة أو المطالبة والقرض تبرع ابتداء حتى لا يملكه إلا من يملك التبرع معاوضة انتهاء لأنه يوجب رد المثل فلكونه تبرعاً من وجه شرطنا القبض فيه ولكونه معاوضة من وجه لم نشترط القسمة عملاً بالدليلين أو الشبهين، ولأن القبض فيه غير منصوص عليه فلا يراعى فيه الكمال ولو وهب جزأ شائعاً من شريكه لم يجزأ أيضاً لأن القبض الكامل لا يتصوّر فيه وهو علة لثبوت الملك فيه والحكم بدون علته لا يوجد ولأن العلة يراعى وجودها لا غير فيدور الحكم وهو الفساد على نفس الشيوع. [٨٢ أ/٣]

قال رحمه الله: (فإن قسمه وسلمه صح) **أي لو وهب مشاعاً ثم قسمه وسلمه جاز** لأن تمام الهبة بالقبض وعنده لا شيوع فيه، ولو سلمه شائعاً لا يملكه حتى لا

بعض مشايخنا والله أعلم. **قوله: (ليس بشرط لصحتها)** أي بل بالقبول بعد الموت قبل القبض اهـ إتقاني. **قوله: (لو وهب مشاعاً ثم قسمه وسلمه جاز)** قال في الهداية قال: ومن وهب شخصاً مشاعاً فالهبة فاسدة، قال الإتقاني: أي قال القدوري في مختصره: وتمامه فيه فإن قسمه وسلمه جاز وأراد به الهبة فيما يقسم لأن هبة المشاع فيما لا يقسم صحيحة، ولهذا قال الكرخي رحمه الله وإن وهب له مشاعاً ثم قسم ما وهب وأفرزه ثم سلمه إلى الموهوب له جاز، وكذلك إذا وهب داراً فيها طعام للواهب أو ثمرة معلقة في نخل أو زرعاً في أرض فأخرج الطعام من الدار وجدّ الثمرة من النخل وحصد الزرع ثم سلم ذلك محوزاً مفرزاً جاز ذلك ينظر في ذلك إلى حال القبض دون حال لعقد إلى هنا لفظ الكرخي وذلك أن هبة المشاع إنما فسدت أو لم تتم على ما هو الصحيح لمعنى الإشاعة فقد زال ذلك بعد القسمة، والتسليم والدليل على ذلك حديث أبي بكر رضي الله عنه أنه نحل عائشة رضي الله عنها جداد عشرين وسقاً وبين أنه لو حازته وقبضته جاز، فلولا أن العقد في

---

(١) تقدم تخريجه.

ينفذ تصرفه فيه ويكون مضموناً عليه وينفذ فيه تصرف الواهب ذكره الطحاوي وقاضيخان. ورُوي عن ابن رستم مثله وذكر عصام أنها تفيد الملك وبه أخذ بعض المشايخ.

قال رحمه الله: (وإن وهب دقيقاً في برّ لا وإن طحن وسلم) أي لو وهب الدقيق في الحنطة لا تجوز الهبة ولو طحنه وسلم الدقيق لا تعود صحيحة. (وكذا الدهن في السمسم والسمن اللبن) لأن الموهوب معدوم ولهذا لو ستخرجه الغاصب ملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فلا يمكن تمليكه بالعقد فوقع باطلاً فلا يملك إلا بعقد جديد وهذا لأن الحنطة استحالت وصارت دقيقاً وكذا غيرها وبعد الاستحالة هو عين أخرى على ما عرف في الغصب بخلاف المشاع لأنه محل للملك إلا أنه لا يمكن تسليمه فإذا زال المانع جاز وإنما جازت الوصية بها لأن الوصية بالمعدوم جائزة واللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الأرض والتمر في النخيل بمنزلة كالمشاع **لأنها موجودة** وامتناع الجواز للاتصال، وذلك يعود إلى امتناع القبض الشائع فإذا فصلها وسلم جاز لزوال المانع كما في هبة الدين بخلاف ما لو وهب الحمل وسلمه بعد الولادة حيث لا يجوز لأن في وجوده احتمالاً فصار كالمعدوم والدار التي فيها المتاع والجوالق الذي فيه الدقيق كالمشاع لأن الموهوب مشغول بمتاع الواهب حتى لو نزع وسلم صح، ويعتبر الإذن بالقبض بعد الفراغ ولا يعتدّ بالإذن قبله كما لا يعتد بالتسليم قبله. ولو وهب المتاع الذي في الدار وسلمها معه أو الدقيق في الجوالق وسلم الدقيق مع الجوالق جاز لأن الموهوب ليس بمشغول، وإنما هو شاغل لملك الواهب وذلك لا يوجب يداً للواهب على الموهوب غاية ما في الباب أن يد الواهب قائمة في الظرف وهو آلة للحفظ فيكون تبعاً فثبوت اليد في التبع لا توجب قيامه في الأصل، ونظيره ما لو وهب الجارية وعليها حلي دونه صح وبالعكس لا يصح إلا إذا نزعه وسلمه لأنه مشغول لأن الجارية هي المستعملة له فكان تبعاً كالجوالق.

المشاع وقع صحيحاً لم تملكه بالحيازة والقبض اهـ **قوله: (لأنها موجودة)** فإن قيل: إن استقام هذا في الصوف لا يستقيم في اللبن لأن وجوده على خطر قد يكون للانتفاخ بسبب الريح أو بسبب الدم أو بسبب اللبن فقد وقع الشك في وجود اللبن وفي وجود المالية ومع هذا جازت الهبة استحساناً متى أمره بالقبض فالجواب عنه أن الانتفاخ للريح محتمل وللبن محتمل فاستوى الوجود مع العدم ثم ترجح جانب الوجود لأن إمكان التصرف في الحال في وسعهما بخلاف الولد، فإن الوجود والعدم استويا في الولد ولم يترجح جانب الوجود لأن التصرف غير ممكن، وإذا لم يترجح الوجود لم تثبت المحلية ولم يكن ثابتاً من الأصل

قال رحمه لّه: (**وملك بلا قبض جديد لو في يد الموهوب له**) يعني: لو كانت العين الموهوبة في يد الموهوب له ملكها الموهوب له بمجرّد العقد، وإن لم يجدّد فيها قبضاً لأن القبض ثابت فيها وهو الشرط سواء كانت في يده أمانة أو مضمونة لأن قبض الأمانة ينوب عن مثله لا عن المضمون، والمضمون ينوب عنهما/ والأصل فيه [٨٢ ب/٣] أنه متى تجانس القبضان ناب أحدهما عن الآخر لاتحادهما جنساً، وإذا اختلفا ناب الأقوى عن الأضعف دون العكس لأن في الأقوى مثل الأدنى وزيادة وليس في الأدنى ما في الأقوى فلا ينوب عنه، وهذا إذا كان الموهوب في يده مضموناً كالمغصوب

بالشك اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (وملك بلا قبض جديد لو في يد الموهوب له)** أقول: محله ما إذا وجد القبول من الموهوب له كما ذكره الكرخي في مختصره والإمام محمد رحمه اللّه في الأصل وعليك بمراجعة الحاشية التي أوّلها. قال الشيخ أبو الحسن: فإنك تظفر بالمقصود وتغنم بفوائد واللّه الموفق اهـ وهي هذه قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره: وإذا وهب له وديعة في يده أو عارية أو ما هو أمانة في يده وقبل ذلك ملك الهبة وصح قبضه بهذا لكونها في يده بعد العقد عليها، وكذلك إن كانت مضمونة بيده بقيمتها أو بمثلها كان كذلك أيضاً، وإن كانت مضمونة بغيرها مثل الرهن يكون مضموناً بالدين أو المبيع يكون مضموناً بالثمن فيهب المالك ذلك لمن هو في يده فإنه لا يكون قابضاً بكون ذلك في يده إلا أن يقبضه قبضاً بعد عقد الهبة إلى هنا لفظ الكرخي. والأصل في ذلك أن العين الموهوبة إذا كانت في يد الموهوب له أمانة كالوديعة والعارية ملكها بعقد الهبة من غير تجديد قبض استحساناً، والقياس أن لا يكون قابضاً حتى يخلّي بين نفسه وبينها وجه القياس أن يد المودع يد المودع فكأنه وهب له ما في يده فلا بد فيه من قبض. ووجه الاستحسان أن الهبة تقف صحتها على مجرد القبض فلا يلتفت إلى قبض بصفة ومجرّد القبض عقيب العقد فصحت الهبة، ولا يشبه هذا بيع الوديعة ممن هي في يده لأن البيع يقتضي قبضاً مضموناً وقبض المودع عقيب العقد قبض أمانة فلا بدّ من تجديد قبض آخر وذلك لا يكون إلا بالتخلية بينه وبين الوديعة، وأما إذا كانت العين في يد الموهوب له مضمونة فهو على وجهين إن كانت مضمونة بمثلها أو بقيمتها كالعين المغصوبة والمقبوضة على وجه السوم فإنه يملكه بالعقد ولا يحتاج إلى تجديد قبض. وذلك لأن القبض الذي تقتضيه الهبة وقد وجد وزيادة وهو الضمان. وذلك الضمان تصح البراءة منه. ألا ترى أنه لو أبرأ الغاصب من ضمان الغصب جاز وسقط فصارت الهبة براءة من الضمان فبقي قبض من غير ضمان فتصح الهبة، وإن كانت العين مضمونة بغيرها كالمبيع المضمون بالثمن وكالرهن المضمون بالدين فلا بد من قبض مستأنف بعد عقد الهبة وهو أن يرجع إلى الموضع الذي فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها، وذلك لأن العين وإن

والمرهون والمقبوض على سوم الشراء لا إشكال فيه **لأن المقبوض** في يده حقيقة وحكماً فيبرأ عن الضمان بمجرد قبول الهبة وكذا إذا كان في يده عارية أو إجارة لأنه قبضها لنفسه ويده ثابتة فيه وأما إذا كانت في يده بطريق الوديعة فمشكل لأن يده يد المالك لأنه نائب عنه في الحفظ وقبضه لأجل المالك فكيف ينوب هذا القبض عن قبض الهبة بل ينبغي أن يكون هذا كما لو وهبه وهو في يد الواهب لكن للمودع يد حقيقة فباعتبارها نزل قابضاً لأنا أقمنا يده مقام يد المالك حكماً ما دام عاملاً له وبعد الهبة ليس بعامل له فتعتبر الحقيقة.

قال رحمه اللّه: (وهبة الأب لطفله تتم بالعقد) لأنه في قبض الأب فينوب عن قبض الصغير لأنه وليه فيشترط قبضه ولا فرق في ذلك بين ما إذا كان في يده أو في يد مودعه لأن يد المودع كيد المالك بخلاف ما إذا كان في يد الغاصب **أو في يد المرتهن** أو في يد المستأجر حيث لا تجوز الهبة لعدم قبضه لأن كل واحد منهم

كانت في يده مضمونة إلا أن هذا الضمان لا تصح البراءة منه مع وجود القبض الموجب له فلم تكن الهبة براءة، وإذا كان كذلك لم يوجد القبض المستحق بالهبة فلم يكن بدّ من تجديد قبض آخر كذا في شرح الأقطع، وقال محمد في الأصل: أرأيت رجلاً استودع أخاه عبداً أو ثوباً أو متاعاً أو داراً أو دابة، ثم قال صاحب المتاع: والدابة والعبد قد وهبت لك الذي استودعتك وهو في يد المودع أيجوز ذلك قال: نعم إذا قبلت. قال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه: قد شرط القبول هنا وذكر فيما إذا وهب عبداً لأخيه ثم قبضه في المجلس أو بعد المجلس وكان أمره بالقبض نصاً أنه يصح ولم يشرط القبول في ذلك وإنما كان كذلك لأن في تلك المسألة العبد ليس في يد الموهوب له حالة الهبة، وإذا لم يكن العبد في يد الموهوب له كان الموهوب له محتاجاً إلى إحداث قبض حتى يملك الهبة فمتى أقدم على القبض كان ذلك إقداماً على القبول ورضا منه بوقوع الملك له فملكه وإن لم يوجد القبول منه نصاً بعد إيجاب الواهب يقع الملك في الهبة بغير رضاه لأنه لا حاجة إلى القبض ولا يجوز أن يقع الملك للموهوب له بغير رضاه لما فيه من توهم الضرر. وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده أيضاً في مبسوطه قال: وإن كان الموهوب له ساكناً في دار بأجر أو عارية قال: نعم هذا جائز لأن قبض الوديعة ينوب عن قبض الهبة فلأن ينوب قبض الإجارة وفي قبض الإجارة زيادة ضمان ليس في قبض الوديعة أولى اهـ إتقاني. **قوله: (لأن المقبوض)** كذا هو بخط الشارح والأولى أن يقال: لأن الموهوب اهـ **قوله: (أو في يد المرتهن)** قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: رجل رهن عبده من رجل وسلمه إليه ثم وهبه من ابنه الصغير لم يجز لأن القبض شرط لتمام الهبة وقد فقد حقيقة وتقديراً لأنا جعلنا يد الأب فيما يهبه لابنه الصغير بمنزلة يد الابن إذا كانت قائمة وهاهنا اليد للمرتهن

قابض لنفسه وعامل لنفسه، ولو وهب من ابنه الصغير داراً والأب ساكنها ومتاعه فيها جازت الهبة **وملكها الابن بمجرّد قوله**: **وهبتها** له، لأنها في يده وسكناه ومتاعه فيها لا ينافي يده بل يقرّرها فتكون هي في قبضه وهو الشرط. ولو كان يسكنها غيره بأجر لا يجوز لما ذكرنا، وإن كان بغير أجر جازت الهبة وملكها الابن بمجرّد العقد ذكره محمد في المنتقى، وكذا لو وهبته أمّه وهو في يدها والأب ميت وليس له وصي، وكذا كل من يعوله لأن التصرف نفع محض، ولمن في يده ضرب ولاية حتى كان له تأديبه وتسليمه في صناعة فيملك التصرف النافع فينفرد بتمليكه ويملكه الصغير بمجردّ الهبة إذا كان في يد الواهب كما في الأب والصدقة في هذا كله كالهبة.

قال رحمه اللّه: (وإن وهب له أجنبي يتم يقبض وليه) لأن للولي ولاية التصرف في ماله وقبض الهبة من التصرف في المال ولا يشترط أن يكون الصبي في حجره لثبوت ولايته عليه مطلقاً لأن المراد بالولي هو الأب ووصيه والجدّ ووصيه بخلاف غيرهم من الأقارب والأجانب حيث لا يكون لهم ولاية القبض إلا إذا كان في حجره وليس له أب على ما نبين.

لا للراهن فتعذر جعلها للابن فانعدم قبضها الذي هو متمم للهبة فقلنا: بالفساد، وكذلك لو كان العبد الموهوب غصباً في يدي رجل أو مقبوضاً رجل بحكم شراء فاسد لأنه يعدم اليد للواهب فتنعدم يد الصغير تقديراً اهـ إتقاني، وكتب ما نصه: قال ابن عبد البر أجمع الفقهاء على أن هبة الأب لابنه الصغير لا تحتاج إلى قبض جديد أما هل يحتاج إلى القبول قال الشافعي والقاضي الحنبلي لا بدّ أن يقول بعد قوله: وهبته له قبلته وظاهر مذهب حمد لا يحتاج إلى هذا كقولنا، وقال مالك: لو وهبه مالا يعرف بعينه كالأثمان لم تتم إلا أن يضعها على يد غيره ويشهد عليه وعند القاضي لا فرق بين الأثمان وغيرها قاله الكاكي اهـ وفي المبسوط وهب لابنه شيئاً معلوماً في يده جاز ذلك وقبض الأب يكفي بلا قبول الأب والشهادة عليه للاحتياط والتحرز عن جحود سائر الورثة بعد موته أو بعد إدركه، وفي الذخيرة تصح الهبة من غير قبول الأب إذ كل عقد يتولاه الواحد يكفي فيه الإيجاب كبيع الأب ماله لابنه الصغير اهـ وكتب ما نصه في الذخيرة رسل غلامه في حاجة ثم بعد الإرسال وهبه من ولده صحت إذ بعد الإرسال هو في يد مولاه حكماً فلو لم يرجع العبد حتى مات الأب فالعبد الولد ولا يصير ميراثاً، وكذا لو وهب عبداً آبقاً له من ابنه الصغير فما دام متردداً إلى دار الإسلام تجوز الهبة والأب قابض له بنفس الهبة اهـ **قوله**: (**وملكها الابن بمجرّد قوله: وهبتها**) فيه تنبيه على أنه لا يحتاج إلى القبول اهـ (فرع) قال في فتاوى القاضي ظهير الدين: ولو اتخذ لولده الصغير ثياباً ثم أراد أن يدفع إلى ولد آخر ليس له ذلك إلا أن يبين وقت الإتخاذ أنه عارية له، لأن المعتبر في الباب التعارف وفي التعارف يراد بهذا البر

قال رحمه اللّه: (وأمّه وأجنبي لو في حجرهما) أي تتم بقبض أمّه وبقبض أجنبي إذا كان في حجرهما لما ذكرنا أن لمن هو في يده ولاية التصرف النافع له، وتحصيل المال من أوفر المنافع فكان لهم ذلك لثبوت يدهم عليه حتى لا يكون لغيرهم أن ينزعه من أيديهم فكانوا أحق بحفظه وتحصيل المال له من ضرورات حفظه لأنه لا يبقي عادة إلا بقوت وملبوس فقاموا في هذا مقام الولي عند عدم الولي لكونه نفعاً محضاً.

قال رحمه اللّه: (وبقبضه إن عقل) أي تتم بقبض الصبي نفسه إن كان مميزاً يعقل التحصيل لأنه في التصرف النافع الذي لا يحتمل غيره ألحق بالبالغ العاقل استحساناً، والقياس أن لا يجوز لأنه لا معتبر بعقله قبل البلوغ، ولهذا يجوز قبض غيره / له حتى الأجنبي إذا كان في عياله، ولو اعتبر بعقله وجعل له ولاية التصرف لما نفذ عليه تصرف غيره ولا كان له حاجة إليه. وجه الاستحسان أنه إنما لا يعتبر عقله لدفع الضرر عنه لأن الظاهر أنه لا يتم به نظره في عواقب أموره لعدم اعتدال عقله، فإذا كان التصرف نافعاً محضاً تعين النظر في نفوذه فينفذ نظراً له لأن الردّ في الضارّ لأجله والتوقف في المتردّد بين النفع والضررلأجله حتى يجيزه الولي إن رأى فيه مصلحة فكذا وجب أن ينفذ تصرفه النافع نظراً له، وجاز تصرف الولي أو الأجنبي عليه في هذه الحالة نظراً له أيضاً حتى ينفتح له سبب تحصيل النفع بطريقين، وليس من الحكمة أن تثبت عليه الولاية لغيره نظراً له ثم يردّ منه مثل هذا النفع المحض ولا من الفقه من أنه من أهله بالتمييز والاختيار. [٨٣/١ ٣]

قال رحمه اللّه: (ويجوز قبض زوج الصغيرة ما وهب لها بعد الزفاف) لأن الأب أقامه مقام نفسه في حفظها وقبض الهبة منه، ولو قبضه لأب أيضاً صح لأن الولاية له وإنما ملكه الزوج من جهته بتمليكه، ولهذا ملكه والأب حاضر بخلاف الأمّ والأجنبي حيث لا يملكانه إلا بعد موته أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح، لأن تصرفهم كان للضرورة لا بتفويض الأب ولا ضرورة مع حضوره، وتملكه هي أيضاً إن كانت مميزة لما بينا، واشترط الزفاف لثبوت ولاية الزوج لأنه إنما يملكه باعتبار أنه يعولها وذلك بعد الزفاف ولا يشترط أن تكون ممن يجامع مثلها في الصحيح.

قال رحمه اللّه: (ولو وهب اثنان داراً لواحد صح) لأنهما سلماها له جملة وهو قبضها منهما كذلك فلا شيوع.

قال رحمه اللّه: (لا عكسه) أي لا يجوز عكسه وهو أن يهب واحد من اثنين وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه. وقالا: يجوز ذلك لأن هذه هبة الجملة منهما إذ التمليك واحد فلا يتحقق فيه الشيوع فصار كما إذا رهن من رجلين بل أولى لأن

تأثير الشيوع في الرهن أقوى منه في الهبة حتى امتنع رهن المشاع فيما لا ينقسم أيضاً بخلاف الهبة، ولأن الشيوع لم يوجد إلا من أحد الطرفين فلا يفسد إذ ليس فيه إلزام المتبرع مؤنة القسمة فصارت كالمسألة الأولى، وله أنه هبة النصف من كل واحد منهما، ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل أحدهما جاز ولولا أنه تمليك لكل واحد منهما على حدة لما جاز فينصرف قبض كل واحد منهما إلى نصيبه فقط وهو شائع فيكون القبض ناقصاً على ما ذكرنا في هبة نصيبه لشريكه أو معدوماً إذ قبض الشائع لا يتصوّر فلا يجوز، ولا يعتبر جانب التسليم لأن القبض الناقص هو المانع على ما بينا دون التسليم بخلاف الرهن لأن حكمه الحبس الدائم وقد ثبت لكل واحد منهما كملاً فلا شيوع فيه، ألا ترى أنه لو قضى دين أحدهما بقي كله في يد الآخر ولا كذلك الهبة لأنه لم يحصل له الملك إلا في النصف فكان شائعاً ضرورة، وقولهما: ليس فيه إلزام المتبرّع مؤنة القسمة قلنا نقصان القبض أيضاً مانع فلا تكون العلة منحصرة به فلا يدل عدمها على عدم الحكم على ما عرف في موضعه، ألا ترى أن رجلين لو وهبا لرجلين على أن نصيب أحدهما لأحدهما بعينه ونصيب الآخر للآخر لا يجوز بالإجماع، وليس على الواهبين مؤنة القسمة **ولا يلزمه جواز إجارة** الدار من رجلين لأن المانع فيها عدم التمكن من الانتفاع بالردّ إلى صاحبها في مدّة الإجارة بحكم/ المهايأة، ولم يوجد هذا المعنى إذا آجرها من رجلين ألا ترى أنه يجوز أن يؤجرها من شريكه لعدم هذا المعنى ولا تجوز الهبة من شريكه لما ذكرنا. [٨٣ ب/٣]

قال رحمه الله: (وصح تصدّق عشرة وهبتها لفقيرين لا لغنيين) أي لو تصدّق بعشرة دراهم على فقيرين أو وهبها لهما جاز، ولا يجوز التصدّق بها على غنيين ولاهبتها لهما وهذا رواية الجامع الصغير جعل كل واحد منهما مجازاً عن الآخر حيث جعل الهبة للفقيرين صدقة والصدقة على الغنيين هبة، والاتصال بينهما أن كل واحد منهما تمليك بلا عوض فجازت الاستعارة، وفرق بين الهبة والصدقة في الحكم حتى أجاز الصدقة على اثنين ولم يجز الهبة لهما، والفرق أن الصدقة يُبتغى بها وجه اللّه تعالى وهو واحد والفقير نائب عنه ولا كذلك الهبة فتكون تمليكاً من اثنين فلا يجوز، ولهذا لو أوصى بثلث ماله للفقراء صح، وإن كانوا مجهولين لأنها وقعت للّه تعالى وهو معلوم، ولو أوصى به لأغنياء غير معينين لا يجوز وفي الأصل سوّى بينهما فقال عقيب ذكره الهبة: وكذلك الصدقة لأن كل واحد منهما يتوقف على القبض والشيوع يمنع القبض فوجب أن يمنع في البابين إذ لا فرق بينهما فكان في المسألة روايتان، وقال الحاكم: يحتمل أن يكون مراده من قوله: وكذلك الصدقة الصدقة على

والصلة. **قوله**: (**ولا يلزمه جواز إجارة**) الذي بخط الشارح ولا يلزمه جواز إجارة. **قوله**:

الغنيين فيكون مجازاً عن الهبة على ما بينا فعلى هذا ليس في المسألة اختلاف الروايتين. وقال في النهاية: والظاهر أن في المسألة روايتين وهذا كله على قول أبي حنيفة رحمه اللّه، وأما عندهما فالهبة من شخصين جائزة على ما بينا فالصدقة أولى فلا يتأتى الفرق بينهما، وقد ذكرنا الوجه من الجانبين فلا نعيده. ولو وهب رجل لرجلين داراً لأحدهم ثلثيها وللآخر الثلث لم يجز عن أبي حنيفة وأبي يوسف وإن قبضه، وقال محمد: يجوز إذا قبضه فأبو حنيفة ومحمد مرّ كل واحد منهما على أصله لأن هذا هبة من رجلين فلا فرق بين أن ينص على نصيب كل واحد منهما أو لم ينص. وأبو يوسف فرّق بينهما فقال: النص على البعض الشائع يدل على أن قصده ثبوت الملك في البعض الشائع فلا يجوز، ألا ترى أنه لو رهن عبداً عند اثنين ونص لكل واحد منهما على البعض لا يجوز الرهن فكذا الهبة، **ولو قال**: لأحدهما نصفه وللآخر نصفه فكذلك عندهما لما بينا، وعن أبي يوسف روايتان في رواية لا يجوز لما ذكرنا، وفي رواية يجوز لأنه نص على ما يقتضيه مطلق العقد لأن مطلقه يقتضي التنصيف فأمكن تصحيحه بأن يجعل مجازاً عن الموجب فيجعل مجازاً عن موجب العقد فلا يفسد بخلاف ما إذا نص على التفاوت لأن مطلق العقد لا يقتضيه فلا يمكن جعله مجازاً عن موجبه فيقتضي شيوعاً في العقد ضرورة، وقيل: إنما جوّز أبو يوسف رحمه اللّه فيما إذا أجمل الهبة لهما أولاً، ثم فصل على التنصيف بأن قال: وهبت لكما هذه الدار نصفها لهذا ونصفها لهذا لأن التفصيل لم يخالف موجب الإجمال فيكون لغواً، وأما إذا فصل ابتداء من غير إجمال بأن قال: وهبت نصف هذه الدار لهذا والنصف الآخر لهذا لا يجوز لأنه هبة المشاع، **وفيما إذا جعل نصيبهما متفاوتاً** لا يجوز مطلقاً لأن تفصيله يكون مغيراً إن تقدم الإجمال فيعتبر فيكون مبطلاً للهبة، وإن لم يتقدّمه إجمال يكون هبة المشاع ابتداء فيبطل وهذا التفصيل هو/ [٨٤ ١/٣] الأرجح والأظهر عن أبي يوسف رحمه اللّه واللّه أعلم بالصواب.

باب الرجوع في هبة

قال رحمه اللّه: (صح الرجوع فيها) يعني إذا وهب لشخص هبة وقبضها وليس

(ولو قال) أي في الهبة اهـ قوله: **(وفيما إذا جعل نصيبهما متفاوتاً)** أي كالثلث والثلثين.

باب الرجوع في الهبة

قد بينا في أوّل كتاب الهبة أن حكم الهبة وقوع الملك للموهوب له ملكاً غير لازم

فيه ما يمنع الرجوع من زيادة وموت أحدهما وعوض وخروج من الملك وزوجية وقرابة محرّمة للنكاح وهلاك الموهوب جاز الرجوع في الهبة. وقال الشافعي رحمه اللّه: لا يصح الرجوع فيها إلا في الولد لقوله عليه الصلاة والسلام: لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده»[١]، ولأنه عقد تمليك فوجب أن يلزم كالبيع ولأن الرجوع يضاد مقتضى العقد والعقد لا يقتضي ضدّه وإنما ثبت جواز الرجوع في الولد لأن إخراجه عن ملكه لم يتم لأن الولد كسبه أو بعضه. **ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها»**[٢]، أي: لم يعوّض والمراد به بعد التسليم لأنها لا تكون هبة حقيقة قبله وإضافتها إليه باعتبار ما كان كما يقال: أكلنا خبز فلان وإن كان الآكل قد اشتراه. ولأن المقصود من الهبة العوض ولهذا يقال: الأيادي قروض. وتأيد ذلك أيضاً بالشرع قال عليه الصلاة والسلام: «تهادوا تحابوا»[٣]. والتفاعل يقتضي الفعل من الجانبين فكان له الرجوع إذا لم يحصل مقصوده كالمشتري إذا وجد المبيع عيباً يرجع بالثمن لفوات مقصوده وهو صفة السلامة في المبيع والمراد بما رُوي عدم الانفرد بالرجوع إلا الوالد فإنه ينفرد به فيكون له أخذه من غير رضا ولا قضاء عند الحاجة إليه كما في سائر أمواله على ما قال عليه الصلاة والسلام: «أنت ومالك لأبيك إنّ أطيب ما أكلتم من كسبكم وإن أولادكم من كسبكم فكلوه هنيئاً»[٤] رواه أحمد وأبو داود، وعلى أنا لا نسلم أن الحديث الذي رواه ينافي الرجوع لأنه خبر عن قبحه فمعناه أنه لا يليق له أن يرجع فيه إلا الوالد فيما يهب لولده. ونظيره قوله عليه الصلاة والسلام: «المؤمن لا يكذب»، وقوله عليه الصلاة والسلام: «الزاني لا يزني وهو مؤمن»[٥]، أي: لا يليق له أن يكذب أو يزني وهو مؤمن لا أنه ينافي صفة

وفائدته صحة الرجوع وهذا باب مواضع الرجوع وما يمنع منه اهـ إتقاني. **قوله: (وليس فيه ما يمنع الرجوع من زيادة)** أي زيادة متصلة لا منفصلة اهـ **قوله: (جاز الرجوع في الهبة)** وقد اتفقوا أنه إذا وهب لزوجته أو لفقير ليس له حق الرجوع كذا في الطريقة البرهانية اهـ إتقاني. **قوله: (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها»)** فيه نظر لأنه من كلام عليّ

---

(١) أخرجه الترمذي في البيوع (١٢٩٩)، والنسائي في الهبة (٣٦٩٠) بنحوه، وأحمد في مسنده (٢١٢٠).

(٢) أخرجه ابن ماجه في الأحكام (٢٣٨٧).

(٣) أخرجه مالك في الجامع (١٦٨٥).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) أخرجه البخاري في المظالم والغصب (٢٤٧٥)، ومسلم في الإيمان (٥٧)، والترمذي في الإيمان (٢٦٢٥)، والنسائي في قطع السارق (٤٨٧٠)، وأبو داود في السنة (٤٦٨٩)، وابن ماجه في الفتن (٣٩٣٦)، وأحمد في مسنده (٧٢٧٦).

الإيمان إن فعله بل هو قبيح ومع الإيمان أقبح فكذا هذا قبيح. كما قال عليه الصلاة والسلام: «العائد في هبته كالعائد في قيئه»[١]. وقال عليه الصلاة والسلام: «العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود»[٢]. وفعل الكلب لا يوصف بالحرمة وإنما يوصف بالقبح.

قال رحمه الله: (ومنع الرجوع دمع خزقه) يعني الموانع للرجوع في الهبة أشياء يجمعها هذه الحروف على ما نبينها أخذها هو من بيت شعر قيل فيه وهو قوله:

ومانع عن الرجوع في الهبه   يا صاحبي حروف دمع خزقه

قال رحمه الله: (فالدال الزيادة المتصلة كالغرس والبناء والسمن) لأن الرجوع لا يصح إلا في الموهوب والزيادة ليست بموهوبة فلا رجوع فيها والفصل متعذر ليرجع في الأصل دون الزيادة فامتنع أصلاً، وبطل حق الواهب لأن له حق التملك في الأصل دون الزيادة وحق الموهوب له حقيقة الملك فيهما فكان مراعاته أولى عند تعذر الفصل، ولا يمكن إيجاب الضمان عليه أيضاً لأن حق التملك لا يجوز أخذ العوض عنه فبطل أصلاً، أطلق البناء والغرس ومراده إذا كان يوجب زيادة في الأرض، وإن كان لا يوجب لا ينقطع الرجوع وإن كان يوجب في قطعة منها بأن كانت الأرض كبيرة بحيث لا يعدّ مثله زيادة فيها كلها امتنع في تلك القطعة دون غيرها، وقوله: المتصلة يحترز من المنفصلة كالولد والأرش/ والعقر فإنه يرجع في الأصل دون [٨٤ ب/٢] الزيادة لإمكان الفصل بخلاف الردّ بالعيب حيث يمتنع بزيادة الولد لأنه عقد معاوضة فلو ردّ الأصل دون الزيادة يؤدّي إلى الربا لسلامة الولد له مجاناً وردّ الولد معها لا يمكن لأن العقد لم يرد عليه فبطل أصلاً ورجع بالنقصان، وذكر في المنتقى لا يرجع في الجارية الموهوبة إذا ولدت حتى يستغني ولدها فلو حبلت ولم تلد فللواهب

لا من كلام النبي ﷺ وقد مر ذكره اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (ومنع الرجوع دمع خزقه)** قال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده في مبسوطه: الموانع من الرجوع تسعة القرابة المحرمة للنكاح والزوجية وقت العقد والزيادة المتصلة وموت الواهب وموت الموهوب له وهلاك الشيء الموهوب وخروجه من ملك الموهوب له وحصول العوض والتغير من جنس إلى جنس اهـ إتقاني. قوله: والتغير من جنس إلى جنس، قال الإتقاني: وأما التغير من جنس إلى جنس فمانع من الرجوع أيضاً لأن هذا التغيير يمنع حقيقة الملك إذا وجد من الغاصب فلأن

---

(١) أخرجه البخاري في الهبة (٢٦٢١)، ومسلم في الهبات (١٦٢٢)، والنسائي في الهبة (٣٦٩٦)، وأبو داود في البيوع (٣٥٣٨)، وابن ماجه في الأحكام (٢٣٨٥)، وأحمد في مسنده (٢٥٢٥).

(٢) أخرجه البخاري في الهبة (٢٥٨٩)، ومسلم في الهبات (١٦٢٢)، والترمذي في البيوع (١٢٩٨)، والنسائي في الهبة (٣٦٩٩)، وأحمد في مسنده (١٨٧٥).

الرجوع فيها لأنه نقصان والمراد بالزيادة المتصلة هو الزيادة في نفس الموهوب بشيء يوجب زيادة في القيمة كما في المذكور في المختصر وكالجمال **والخياطة والصبغ ونحو ذلك** وإن زاد من حيث السعر فله الرجوع لأنه لا زيادة في العين فلا يتضمن الرجوع إبطال حق الموهوب له وهو المانع، وكذا إذا زاد في نفسه من غير أن يزيد في القيمة كما إذا طال الغلام الموهوب لأنه نقصان في الحقيقة فلا يمنع الرجوع، ولو نقله من مكان إلى مكان حتى ازدادت قيمته واحتاج فيه إلى مؤنة النقل ذكر في المنتقى أنه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ينقطع الرجوع، وعند أبي يوسف رحمه الله لا ينقطع لأن الزيادة لم تحصل في العين فصار كزيادة السعر، ولهما أن الرجوع يتضمن إبطال حق الموهوب له في الكراء ومؤنة النقل فبطل بخلاف نفقة العبد لأنه ببدل وهو المنفعة والمؤنة بلا بدل. ولو وهب عبداً كافراً فأسلم في يد الموهوب له أو عبداً حلال الدم فعفا ولي الجناية في يد الموهوب له لا يرجع. ولو كانت الجناية خطأ ففداه الموهوب له لا يمنع الرجوع ولا يستردّ منه الفداء، ولو علم الموهوب له العبد الموهوب القرآن أو الكتابة أو الصنعة لم يمتنع الرجوع، لأن هذه ليست بزيادة في العين فاشبهت الزيادة في السعر وفيه خلاف زفر رحمه الله **ويُروى الخلاف بالعكس**، ولو وهب وصيفاً صغيراً فشب عند الموهوب له وشاخ حتى صارت قيمته أقل من قيمته وقت الهبة ليس له أن يرجع فيه لأنه حين شب وازدادت قيمته سقط الرجوع فلا يعود بعد ذلك بالنقصان. **ولو اختلفا في الزيادة** كان القول للواهب **لأنه ينكر لزوم العقد**.

يقطع حق التملك بالطريق الأولى اهـ **قوله**: (**والخياطة والصبغ ونحو ذلك**) وإن قطعه ولم يخطه كان له أن يرجع فيه لأن القطع يوجب نقصاناً في الثوب والنقصان لا يمنع الرجوع. وقال أيضاً في الكافي: رجل وهب لرجل أرضاً فبنى الموهوب له فيها بناء ثم أراد الواهب الرجوع فخاصمه إلى القاضي فقال له القاضي: ليس لك أن ترجع فيها ثم هدمها الموهوب له كان للواهب أن يرجع فيها، قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي: يريد به أن قول القاضي لم يقع حتى ينقص، وإنما وقع فتوى بناء على مانع فإذا زال المانع تغير الحكم اهـ إتقاني. **قوله**: (**ويروي الخلاف بالعكس**) قال في الملتقطات[1] رجل وهب لإنسان جارية فعلمها الموهوب له القرآن أو الكتابة أو المشط ليس للواهب أن يرجع فيها، وهو المختار لأنها ازدادت اهـ **قوله**: (**لو اختلفا في الزيادة**) أي في زيادة غير حاصلة بصنع العبد كالسمن أما لو اختلفا في البناء فالقول للموهوب له اتفاقاً اهـ كذا في شرح المجمع اهـ **قوله**: (**لأنه**

---

(١) هي لمسعود بن شجاع بن محمد الأموي الحنفي برهان الدين فقيه، توفي سنة (٥٩٩هـ) من آثاره الملتقطات. انظر الفوائد البهية (ص٢١٣).

قال رحمه الله: (والميم موت أحد المتعاقدين) لأن بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى ورثته وهم لم يستفيدوه من جهة الواهب فلا يرجع عليهم كما إذا انتقل إليهم في حال حياته، ولأن تبدل الملك كتبدّل العين فصار كعين أخرى فلا يكون له فيها سبيل وبموت الواهب يبطل خياره لأنه وصف له وهو لا يورث كخيار الرؤية والشرط على ما بيناه في البيوع أو هو مجرد حق، وهو أيضاً لا يورث بخلاف خيار العيب وخيار التعيين على ما عرف في موضعه، ولأن الشارع أوجبه للواهب والوارث ليس بواهب.

قال رحمه الله: (والعين العوض فإن قال: خذه عوض هبتك أو بدلها أو بمقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع) لما روينا ولأن ثبوت الرجوع في الهبة لخلل في مقصوده وقد زال الخلل فصار كما إذا وجد المشتري عيباً في المبيع ثم زال، ولا بد من ذكر الموهوب له أن المدفوع عوض عن الهبة بأن يقول: خذ هذا بدلاً عنها أو بمقابلتها أو جزاءها أو ثوابها أو نحو ذلك مما ينبئ أنه عوض عنها لأن حق الرجوع ثابت له ولا يسقط إلا بعوض يرضى به هو ولا يتم ذلك بدون رضاه، ويشترط في العوض شرائط الهبة من القبض والإقرار/ لأنه ليس بعوض حقيقة وإنما هو تمليك [٨٥ أ/٣] مبتدأ **ولهذا يجوز** بأقل من الموهوب من جنسه في المقدّرات. وشرط العوض أن لا يكون بعض الموهوب حتى لو عوّضه بعض الموهوب عن البعض الباقي لم يجز لأنّ حقه كان ثابتاً في الكل، فإذا وصل إليه بعضه لا يسقط حقه في الباقي وفيه خلاف زفر هو يقول: أن الموهوب له ملك بالقبض فالتحق بسائر أملاكه **وجوابه ما قلنا**، ولو وهب للواهب شيئاً ولم يذكر أنه عوض عنها كان هبة مبتدأه فلكل واحد منهما أن يرجع في هبته.

قال رحمه الله: (وصح من أجنبي) أي يجوز العوض من الأجنبي لأن الموهوب له لا يحصل له بهذا العوض شيء لم يكن سالماً له من قبل فيصح من الأجنبي كما يصح منه كالخلع والصلح عن دم العمد بخلاف ما إذا كان فيه دخول ملك حيث لا يجوز من الأجنبي على ما بينا في الصلح، **ثم الأجنبي هنا لا يرجع على**

ينكر لزوم العقد) وعند زفر القول للموهوب له لأنه ينكر حق الواهب في الرجوع اهـ كاكي رحمه الله. ولو قال الموهوب له: بنيت أو صبغت الثوب وأنكر وهب فالقول للموهوب له اتفاقاً اهـ من خط قارئ الهداية رحمه الله. **قوله: (ولهذا يجوز إلخ)** سيأتي هذا الفرع أيضاً في الصفحة الآتية من الشرح اهـ **قوله: (وجوابه ما قلنا)** أي وهو أن المقصود لا يحصل بهذا للواهب لأنا نعلم يقيناً أنه بهبته ما قصد تحصيل درهم من تلك الدراهم، لأن ذلك كان سالماً له فعلم أن قصده العوض الآخر اهـ من خط قارئ الهداية. **قوله: (ثم الأجنبي هنا لا**

الموهوب له وإن كان بأمره لأنه لم يودّ عنه شيئاً واجباً عليه، لأن العوض ليس بواجب على الموهوب له **بخلاف قضاء الدين** حيث يرجع الأجنبي على المدين إذا قضى بأمره لأن الدين ثابت في ذمّته وقد أمره أن يسقط مطالبته عنه فيكون آمراً بأن يملكه ما كان للطالب وهو الدين فصار كما لو أمره أن يملكه عيناً.

قال رحمه اللّه: (وإن استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض) لأنه لم يدفع إليه إلا ليسلم له الموهوب كله فإذا فات بعضه رجع عليه بقدره كغيره من المعاوضات.

قال رحمه اللّه: (وبعكسه لا حتى يردّ ما بقي) أي إذا استحق بعكسه وهو ما

يرجع على الموهوب له) أي إلا أن يضمن له الموهوب له صريحاً اهـ قوله: (وإن كان بأمره) قال شمس الأئمة البيهقي في الكفاية: ولا يرجع على الموهوب له إلا إذا قال: عوّض عني على أني ضامن اهـ إتقاني. **قوله: (لا يرجع على الموهوب له إلخ)** لأنه مخير بين أن يعوّضه وبين أن يردّ الهبة عليه فصار كما لو أمره بالتبرع على إنسان فتبرع لم يكن له حق الرجوع عليه كذلك هاهنا اهـ إتقاني. **قوله: (بخلاف قضاء الدين)** قال الإتقاني رحمه اللّه: بخلاف ما إذا أمره بقضاء الدين لأن قضاء الدين واجب عليه فإذا خلصه عن هذه العهدة بأمره ثبت له حق الرجوع، والفقه فيه أنه لما أمره بقضاء الدين صار مستقرضاً ذلك القدر وموكلاً إياه بالصرف إلى غيره، لأنا لو لم نجعله كذلك لم يتصوّر فراغ ذمته مما عليه لأن الذمة لا تفرغ إلا بالقضاء، ولا يقع الفعل قضاه إلا إذا انتقل في المؤدّى إلى من عليه الدين أوّلاً حتى إذا قبض رب الدين وجب للمديون عليه مثل ما له عليه فيلتقيان قصاصاً، وهذا لا يحتاج إليه في الهبة لأنه لا دين على الموهوب له حتى يحتاج إلى فراغ ذمته بتقدير الاستقراض فافترقا من هذا الوجه اهـ (فرع) اعلم أن الاستحقاق إما أن وقع على الهبة أو على العوض وكل وجه على وجهين إما أن وقع على الجميع أو على النصف، فإن استحق جميع العوض كان للواهب أن يرجع فيما وهب لأن الهبة تثبت بلا عوض فصار كأن لم يكن عوّضه أصلاً وإن استحق جميع الهبة كان للموهوب أن يرجع بجميع العوض لعدم سلامة مقصوده من العوض وهو تأكد ملكه في الهبة هذا إذا كان بدل المستحق قائماً، فأما إذا كان هالكاً يفترق الجواب بين استحقاق العوض والهبة، فإن استحق العوض والهبة هالكة لا يرجع الموهوب له أصلاً، لأن هلاك الهبة مانع من الرجوع وإن استحق الهبة والعوض هالك يرجع على الواهب بقيمة العوض إن لم يكن له مثل وبمثله إن كان له مثل لأنه لم يسلم له مقصوده من العوض وهو تأكد ملكه في الهبة لأنه قال حين عوضه: هذا عوض هبتك أو بدل هبتك فصار كالواهب إذا نص على العوض حالة الهبة إلى هذا أشار شيخ الإسلام خواهر زاده وفي تقريره بسط، فأما إذا استحق النصف من أحدهما فإن استحق نصف الهبة كان للموهوب له أن

إذا استحق نصف العوض لا يرجع بشيء حتى يردّ ما بقي من العوض. وقال زفر رحمه الله: يرجع بنصف الهبة لأن كل واحد منهما عوض عن الآخر فكما يرجع الموهوب له بنصف العوض عند استحقاق نصف الهبة فكذا يرجع الواهب أيضاً بنصف الهبة عند استحقاق نصف العوض لأنه حكم المعاوضة إذ هو يقتضي المساواة، ولنا أن العوض ليس ببدل عنه حقيقة بدليل أنه يجوز أن يعوّضه أقل من جنسه في المقدارت ولو كان معاوضة لما جاز للربا. يحققه أن الموهوب له مالك للهبة والإنسان لا يعطي بدل ملكه لغيره وإنما أعطاه ليسقط حقه في الرجوع وما بقي يصلح لإسقاط الرجوع، ولهذا لو عوّضه هذا القدر من الابتداء سقط به حقه في الرجوع إلا أنه لم يرض بسقوط حقه إلا بسلامة كل العوض له، فإذا لم يسلم له كله كان له الخيار إن شاء رضي بما بقي من العوض وإن شاء ردّ الباقي عليه ورجع في الهبة كأنه أعطاه هذا القدر في هذه الحالة، ولأن للعوض شبهين يشبه ابتداء الهبة من حيث أن الموهوب له متبرّع فيه باختياره ويشبه المبادلة من حيث أنه ملكه بمقابلة الهبة فوفرنا عليه حظه منهما فجعلناه كالمعاوضات عند استحقاق كله حتى يرجع بالهبة أو بعضه حتى يثبت له الخيار وجعلناه كالهبة حتى لا يرجع بالبعض من غير ردّ الباقي عند استحقاق بعضه.

قال رحمه الله: (ولو عوّض النصف رجع بما لم يعوّض) يعني إذا عوضه عن نصف الموهوب كان له أن يرجع في النصف الآخر لأن حقه في الرجوع كان في الكل، فإذا عوّضه عن بعضه امتنع الرجوع في حقه وبقي حقه في الباقي على ما كان.

قال رحمه الله: (والخاء خروج الهبة عن ملك الموهوب له) لأن الإخراج عن ملكه وتمليكه لغيره حصل بتسليط الواهب فلا يمكن من نقض ما تم من جهته، ولأن تبدل / الملك كتبدل العين فصار كعين أخرى فلا يرجع فيها ولو وهب لمكاتب [٨٥ ب/٣]

يرجع على الواهب بنصف العوض لأنه لم يسلم له مقصوده من العوض في هذا القدر وهذا باتفاق أصحابنا، فأما إذا استحق نصف العوض من يد الواهب ففيه اختلاف قال علماؤنا الثلاثة: الواهب بالخيار إن شاء ردّ ما بقي من العوض ورجع بجميع الهبة وإن شاء أمسك ما بقي ولم يكن له أن يرجع على الموهوب بشيء، وقال زفر: يرجع على الموهوب له بنصف الهبة ويمسك ما بقي من العوض اهـ إتقاني. وكتب ما نصه: وفي الأسرار بخلاف ما إذا كان العوض مشروطاً في العقد لأنها تتم بيعاً ومبادلة فيوزع البدل على المبدل، أما في مسألتنا فالسقوط حكم والعوض علة والحكم يثبت بالعلة ولا يتوزع على العلل وإن كثرت فلا يبطل شيء من الحكم بذهاب ما يصلح علة إذا بقي ما يصلح علة وبخلاف ما إذا استحق بعض الهبة لأن المعوّض ما ملكه العوض إلا جزاء فيعتبر حكم المقابلة في حقه. أما الواهب فملك الهبة ابتداء من غير أن يقابله شيء فلم يعتبر معنى المقابلة وهذا جواب قياس زفر

غيره هبة ثم عجز المكاتب لم يرجع الواهب فيها عند محمد رحمه اللّه لأن هذه هبة للمكاتب حقيقة، ولهذا كان القبول إليه وثبت له الملك فيها فيتصرّف فيها تصرّف الملاك، وبالعجز انتقلت إلى مولاه فصار كانتقالها إلى أجنبي فبطل حق الرجوع وعند أبي يوسف رحمه اللّه له أن يرجع فيها لأن الهبة وقعت للمكاتب من وجه ولمولاه من وجه فبالعتق تصير ملكاً له من كل وجه وبالعجز تصير ملكاً لمولاه من كل وجه ثم إذا عتق كان له أن يرجع فيها فكذا إذا عجز وكان اعتبار هذا الجانب أولى في المسألتين من اعتبار الجانب الآخر كيلا يلزم بالشك.

قال رحمه اللّه: (وببيع نصفها رجع في النصف كعدم بيع شيء) يعني إذا بيع نصف الهبة يرجع في النصف الباقي كأن لم يبع منها شيء فإنه لم يبع منها شيء كان له أن يرجع في النصف ويترك النصف لأن له حق الرجوع في الكل فله أن يستوفيه إن شاء وإن شاء استوفى نصفه وكذا له أن يترك الكل إن شاء وإن شاء ترك النصف فكذا إذا بيع نصفها له أن يأخذ نصفها الباقي لأن المانع لم يوجد إلا في النصف فيتقدّر الامتناع بقدره بل أولى، لأنه لما جاز الرجوع في النصف مع إمكان الرجوع في الكل فأولى أن يجوز عند العجز.

قال رحمه اللّه: (والزاي الزوجية فلو وهب ثم نكح رجع وبالعكس لا) أي لو **وهب لأجنبية ثم تزوّجها** يجوز له الرجوع في الهبة وبالعكس وهو ما إذا وهب لزوجته ثم أبانها ليس له الرجوع في الهبة. الأصل فيه أن الزوجية نظير القرابة حتى يجري التوارث بينهما بلا حاجب وتردّ شهادة كل واحد منهما للآخر فيكون المقصود في هبة كل واحد منهما للآخر الصلة والتوادّ دون العوض كما في القرابة المحرمية وقد حصل فلا يرجع بعد حصول المقصود بخلاف الهبة للأجنبي، لأن المقصود فيها العوض على ما بينا فكان له الرجوع عند فواته ثم المعتبر في ذلك حالة الهبة فإنْ كانت أجنبية كان مقصوده العوض فثبت له الرجوع فيها فلا يسقط بالتزوّج، وإن كانت حليلة له كان مقصوده الصلة دون العوض وقد حصل فسقط الرجوع فلا يعود بالإبانة.

قال رحمه اللّه: (والقاف القرابة فلو وهب لذي رحم محرم منه لا يرجع فيها)

رحمه اللّه تعالى اهـ كاكي. **قوله: (إلا أنه)** أي الموهوب له اهـ **قوله: (لو وهب لأجنبيه ثم تزوّجها إلخ)** قال في الهداية: وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر، قال الإتقاني: أي لا رجوع فيما وهب أحدهما لصاحبه لما رَوى محمد بن الحسن عن إبراهيم في كتاب الآثار **قال:** الزوج والمرأة بمنزلة القرابة أيهما وهب لصاحبه فليس له أن يرجع فيه اهـ **قوله:**

لقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها»[1]، ولأن المقصود منها صلة الرحم وقد حصل، وفي الرجوع قطيعة الرحم فلا يرجع فيها سواء كان مسلماً أو كافراً **كالعتق بالملك**، ولو وهب لعبد أخيه أو لأخيه وهو عبد لأجنبي رجع فيها عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يرجع في الأولى وفي الثانية يرجع لأن الملك يقع للمولى فكان المعتبر هو المولى. وله أن الهبة تقع للمولى من وجه وهو ملك الرقبة وللعبد من وجه وهو ملك اليد، ألا ترى أنه أحق به ما لم يفضل عن حاجته فباعتبار أحد الجانبين يلزم فيهما وباعتبار الجانب الآخر لا يلزم فيهما فلا يلزم بالشك ولأن الصلة قاصرة في حق كل واحد منهما لما ذكرنا من المعنى، والصلة الكاملة هي المانعة من الرجوع فلا تتعدّى إلى القاصرة ولو كانا جميعاً ذوي رحم محرم من الواهب ذكر الكرخي رحمه الله عن محمد رحمه الله أن قياس قول أبي حنيفة رحمه الله أن يرجع لأنه لم يكن لكل واحد منهما صلة كاملة، وقال الهندواني: ليس له أن يرجع/ في قولهم جميعاً لأن الهبة لأيهما وقعت تمنع الرجوع. ولو وهب للمكاتب وهو ذو رحم محرم منه فإن عتق لا يرجع لأن الملك استقر له فيكون صلة في حقه من كل وجه باعتبار العقد وحكمه، وإن عجز فعند محمد رحمه الله لا يرجع لأن الكسب كان للمكاتب ثم انتقل إلى المولى عند العجز لما بينا في المكاتب الأجنبي وانتقال الملك يمنع الرجوع. وعند أبي يوسف رحمه الله يرجع لأنه بالعجز يظهر أن حقيقة الملك وقعت للمولى من وقت الهبة. ولو كان المكاتب أجنبياً ومولاه قريب الواهب فإن عتق المكاتب رجع لأن الملك وقع للأجنبي، وإن عجز فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله بناء على اختلافهم فيمن وهب لعبد أخيه على ما مرّ. [٨٦ أ/٣]

قال رحمه الله: (والهاء الهلاك) يعني هلاك العين الموهوبة فإنه مانع من الرجوع لتعذره بعد الهلاك إذ هو غير مضمون عليه.

قال رحمه الله: (فلو ادّعاه صدّق) أي لو ادّعى الموهوب له هلاك الهبة يصدّق لأنه منكر لوجوب الردّ عليه فأشبه المودع.

قال رحمه الله: (**وإنما يصح الرجوع بتراضيهما أو بحكم الحاكم**) لأن ملك

(**لقوله صلى الله عليه وسلم «إذا كانت الهبة» إلخ**) رواه الحاكم والدارقطني اهـ **قوله**: (**كالمعتق بالملك**) يعني من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وإن كان أحدهما كافراً بخلاف النفقة حيث لا تثبت لذي الرحم المحرم إذا كان كافراً. **قوله في المتن**: (**وإنما يصح الرجوع**) لفظة

---

(١) قاله بعض أهل العلم في الترمذي برقم (١٢٩٩).

الموهوب له ثابت في العين فلا يخرج عن ملكه إلا بالرضا أو بالقضاء، **ولأنه مختلف فيه بين العلماء وفي أصله وهي** وفي عدم حصول مقصوده ووجوده خفاء لأنه يحتمل أن يكون غرضه العوض الدنيوي فيثبت له حق الرجوع ويحتمل أن يكون غرضه الثواب في الآخرة أو إظهار الجود والسماحة فلا يكون له الرجوع على هذا التقدير فلا بدّ من الفصل بالقضاء أو الرضا فما لم يقض القاضي أو يفسخاها بالتراضي ملك الموهوب له ثابت في العين حتى ينفذ تصرفه فيه من عتق وبيع وغير ذلك ولو كان بعد المرافعة إلى الحاكم وكذا لو منعه وهلك في يده لا يضمن لقيام ملكه فيه وكذا لو هلك بعد القضاء قبل المنع لأنه أوان القبض كان غير مضمون عليه فلا ينقلب مضموناً بالاستمرار عليه، وإن منعه بعد القضاء ضمن لوجود التعدي منه، ثم إذا حصل الرجوع بالقضاء أو بالتراضي يكون فسخاً من الأصل، وقال زفر رحمه اللّه: الرجوع بالتراضي عقد جديد فيجعل بمنزلة الهبة المبتدأة لأن الملك عاد إليه بتراضيهما فأشبه الردّ بالعيب، ولهذا لو ردّه في مرض موته برضاه يعتبر من الثلث. ولنا أن عقد الهبة انعقد موجباً حق الفسخ للواهب وهو بالفسخ يكون مستوفياً حقاً ثابتاً له بالعقد لأن العقد وقع غير لازم، فإذا رفع رجع إليه عين ملكه كالعارية فيكون فسخاً في حق الكل فلا يمكن أن يجعل هبة مبتدأة، ولهذا لا يشترط فيه قبض الواهب **ويصح في الشائع** بخلاف الردّ بالعيب بعد القبض لأن حقه فيه في وصف السلامة لا في الفسخ، ولهذا لو زال العيب امتنع الردّ لوصول حقه إليه لكن إذا لم يكن سليماً فات رضاه فيرجع بالعوض ويلزم منه فسخ العقد ضرورة من غير أن يثبت حقه في الفسخ، فإذا لم يكن له حق في الفسخ لم يصر مستوفياً حقه فيكون ملكاً مبتدأ ضرورة، غير أنه إذا حكم القاضي بالردّ عند عجزه عن تسليم حقه جعلناه فسخاً لعموم ولايته ولا كذلك

الرجوع ليست في خط الشارح وهو ثابت في المتن اهـ **قوله في المتن: (أو بحكم الحكام)** حتى لو استردّها بغير قضاء ولا رضا كان غاصباً فلو هلك في يده يضمن قيمته للموهوب له. وقال الشافعي وأحمد: يجوز الرجوع بغير قضاء أو رضا لأنه خيار في فسخ عقد فلا يفتقر إلى القضاء أو الرضا كالفسخ بخيار الشرط اهـ كاكي. **قوله: (ولأنه)** أي الرجوع في الهبة اهـ **قوله: (مختلف فيه بين العلماء)** أي عندنا يرجع وعند الشافعي لا يرجع اهـ **قوله: (وفي أصله وهي)** هكذا هو بخط الشارح رحمه اللّه وكتب على قوله وفي أصله وهي ما نصه وهاء هكذا وقع استعمال الفقهاء ولكنه ليس بصحيح قال صاحب المغرب: الوهاء بالمد خطأ والصواب الوهي والضمير في أصله للرجوع اهـ إتقاني. **قوله: (ويصح في الشائع)** أي الذي يحتمل القسمة بأن وهب داراً أو نحوها ورجع في نصفها، ولو كان الرجوع هبة مبتدأة كما قال زفر ينبغي أن لا يصح وحيث صح علم أنه فسخ كذا في المبسوط اهـ **قوله**

المتعاقدان لأنهما لا ولاية لهما إلا على أنفسهما، وإنما اعتبر ردّه في المرض من الثلث لأن حق الورثة تعلق بجميع ماله فلا يقدر أن يبطله باختياره وإن أبطله ردّ عليه كيفما كان استحساناً. وفي القياس أن لا يردّ ذكره ابن سماعة.

قال رحمه اللّه: (فإن تلفت الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع **على الواهب بما ضمن**) لأن الهبة/ عقد تبرّع وهو غير عامل له فلا يستحق [٨٦ ب/٣] السلامة ولا يثبت به الغرور بخلاف الوديعة لأن المودع عامل له وبخلاف المعاوضات لأن عقد المعاوضة يقتضي السلامة فيكون كلٍ واحد منهما ملتزماً لوصف السلامة بالإقدام على العقد، فإذا لم يسلم له صار مغروراً من جهته فيرجع عليه بما لحقه.

قال رحمه اللّه: (والهبة بشرط العوض هبة ابتداء فيشترط التقابض في العوضين وتبطل بالشيوع بيع انتهاء فتردّ بالعيب وخيار الرؤية وتؤخذ بالشفعة) وقال زفر والشافعي رحمهما اللّه: هو بيع ابتداء وانتهاء لأنهما أتيا بمعنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني دون الألفاظ، ألا ترى أن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة والحوالة بشرط عدم البراءة كفالة وهبة الدين لمن عليه إبراء وبيع العبد من نفسه إعتاق وهبة المنفعة بالعوض إجارة والإعارة بعوض إجارة. ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن **عملاً بالشبهين** فيكون ابتداؤه معتبراً بلفظه فتجري فيه أحكام الهبة وانتهاؤه معتبراً بمعناه فتجري فيه أحكام البيع كالهبة في المرض فإنّ ظاهره تمليك في الحال تبرعاً ومعناه معنى الوصية لما فيه من إبطال ما تعلق به حق الورثة فيعتبر ابتداؤه بلفظه حتى يشترط فيه القبض. ويبطل بالشيوع فيما يحتمل القسمة ويوجب الملك عند القبض في الحال ويعتبر انتهاؤه بمعناه حتى ينفذ من الثلث بعد الدين، لأن الألفاظ لا يجوز إلغاؤها مع إمكان العمل بها وقد أمكن فيما نحن فيه، لا تنافي بين حكميهما لأن حكم البيع قد يكون متراخياً باشتراط الخيار لأحدهما وفي البيع الفاسد فيكون موافقاً لحكم الهبة من حيث تأخيره إلى القبض، والهبة قد تكون لازمة بانقطاع الرجوع بما ذكرنا من الموانع للرجوع بخلاف المسائل المستشهد بها فإنّ العمل فيها بالمعنيين غير ممكن للتضادّ بين الحكمين فتعين إلغاء اللفظ والعمل بالمعنى، ولو وهب الأب مال ابنه الصغير بشرط العوض لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما اللّه تعالى لأنه تبرع ابتداء وهو لا يملك التبرّع بماله. وقال محمد رحمه اللّه: يجوز لأنه بيع انتهاء على ما بينا.

في المتن: (لم يرجع على الواهب بما ضمن) قال الإتقاني: وهذا إذا لم يعوّضه فإذا كان ثمة عوض رجع بكل العوض إذا استحق جميع الهبة وبقدر المستحق من الهبة إذا استحق البعض اهـ **قوله: (عملاً بالشبهين)** كالإقالة لما اشتملت على معنى البيع والفسخ جمعنا

(فصل) قال رحمه الله: (**ومن وهب أمة إلا حملها أو على أن يردّها عليه أو يعتقها أو يستولدها أو داراً على أن يردّ عليه شيئا منها أو يعوّضه شيئاً منها صحت الهبة وبطل الاستثناء والشرط**) لأن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة، ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام أجاز العمري وأبطل الشرط وهذه كلها شروط فاسدة أما في غير استثناء

بينهما وقد أمكن الجمع بينهما اهـ (فصل) مسائل هذا الفصل بمنزلة مسائل شتى تذكر في آخر الكتب فلأجل هذا ذكرها في آخر كتاب الهبة في فصل على حدة اهـ إتقاني. **قوله: (ومن وهب أمة الخ صحت الهبة وبطل الاستثناء)** قال الإتقاني : والأصل فيه أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده جاز استثناؤه وما لا فلا. ثم الحمل لا يجوز هبته لاحتمال فيه فلم يجز استثناؤه وقد مر الأصل في أوّل كتاب البيوع عند قوله: ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثني منها أرطالاً معلومة ومر في باب البيع الفاسد أيضاً عند قوله: ومن اشترى جارية إلا حملها فسد البيع فإذا كان كذلك كان الاستثناء شرطاً فاسداً فبطل الشرط وصحت الهبة لأن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم أبطل شرط المعمر وجوّز الهبة وإنما لم تجز هبة ما في البطن لأن محل الهبة مال قائم مملوك للواهب وقت العقد وفي قيام الولد وماليته شك وقت الهبة لاحتمال الانتفاخ من الريح واحتمال كون الجنين ميتاً فوقع الشك في الوجود والمالية فلا يكون محلاً للهبة بالشك بخلاف الوصية بما في البطن أو الخلع عليه فإنه يجوز إذا ولدت لأقل من ستة أشهر لأن الوصية بالمعدوم من كل وجه جائزة كما إذا أوصى بما يثمر نخيله العام والخلع يجوز إضافته إلى المعدوم كما إذا قالت: خالعني على ما في يدي وليس في يدها شيء ويجوز إضافته إلى ما ليس بمال أيضاً كالميتة والخمر والخنزير إلا أنه يقع مجاناً، وإذا جاز إضافته إلى المعدوم وإلى ما ليس بمال يتعين فكذا إذا وقع الشك في وجود المحل وماليته وقت العقد كالبيع، ثم لما في البطن في العقد على ما قال في باب المصراة من شرح الطحاوي مراتب ثلاثة في وجه العقد فاسد والاستثناء فاسد، وفي وجه العقد جائز والاستثناء فاسد وفي وجه العقد جائز والاستثناء جائز أما الوجه الذي فيه العقد فاسد والاستثناء فاسد فهو البيع والإجارة والكتابة والرهن لأن هذه العقود تبطلها الشروط الفاسدة وأما الوجه الذي يجوز فيه العقد ويبطل الاستثناء فالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لأن هذه العقود لا تبطلها الشروط الفاسدة فيصح العقد ويبطل الاستثناء ويدخل في العقد الأم والولد جميعاً، وكذلك العتق إذا أعتق الجارية واستثنى ما في بطنها صح العتق ولم يصح الاستثناء، وأما الوجه الذي يجوز كلاهما الوصية إذا أوصى لرجل بجارية واستثنى ما في بطنها فإنه لا يصح لأن الوصية أخت الميراث، وقد جعل الجارية وصية وما في بطنها ميراثاً والميراث يجري فيما في البطن وليس هذا. كما إذا أوصى لرجل بجارية واستثنى خدمتها أو غلتها للورثة فالوصية صحيحة والاستثناء باطل لأن الخدمة والغلة لا يجري فيهما الميراث دون الأصل الا ترى أنه

الحمل فظاهر، وأما في استثناء الحمل فلأن الاستثناء تصرف لفظي لا يعمل إلا فيما تناوله اللفظ والحمل لم يدخل تحت اللفظ وإنما هو وصف للجارية فكان تبعاً لها فلا يصح استثناؤه على ما بينا في الإقرار فانقلب شرطاً فاسداً وهو لا يؤثر في الهبة فيصح ويدخل الحمل تبعاً لها، وهذا هو الحكم في كل معاوضة مال بغير مال كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد بخلاف المعاوضات المالية لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط، ولأن الملك في الهبة معلق بفعل حسي وهو القبض والشروط تفسد الحكمي لا الحسي بل الشروط نفسها تبطل / ولو أعتق ما في بطنها [٨٧ أ/٣] ثم وهبها جازت الهبة في الأم لأن الجنين غير مملوك له واشتغال بطنها به لا يوجب

لو أوصى بخدمتها وغلتها لإنسان ثم مات الموصى له بعدما صحت الوصية فإنهما يعودان إلى ورثة الموصي فلا تكون الخدمة والغلة موروثة عن الموصي له ولو أوصى بما في بطن جاريته لإنسان والمسألة بحالها فإن الولد يكون موروثاً عن الموصي له وإذا أوصى برقبتها لإنسان وبما في بطنها لآخر فمات الموصى له بالولد عاد الملك إلى وارثه ولو أوصى برقبتها لإنسان وبغلتها وخدمتها لآخر فمات الموصى له بالغلة عاد الملك إلى صاحب الرقبة دون ورثة الموصى له بالغلة والخدمة، وكذلك لو أن الموصى له بالغلة والخدمة مات قبل موت الموصي أورد وصيته وقد أوصى الموصي برقبتها لآخر فإن الغلة والخدمة تعود إلى الموصى له بالرقبة ولا تكون لورثة الموصى له، ومثله لو أن الموصى له بالولد مات قبل موت الموصي أو ردّ الوصية لم يعد إلى الموصى له بالرقبة ولكن يعود إلى ورثة الموصي فلذلك افترقا فلو أوقع العقود على ما في البطن أما عقد البيع فلا يجوز وكذلك الكتابة عليه وإن قبلت الأم عنه وكذلك الهبة والصدقة لا تجوز، وإن سلم الأم إلى الموهوب له وإن تزوّج عليه فالتسمية باطلة ويجب مهر المثل، ولو صالح عن القصاص على ما في البطن فإن الصلح صحيح ويبطل القصاص والتسمية فاسدة ويكون للولي على القاتل الدية لأن هذه العقود تصح على ما هو مال والولد ليس بمال ما دام في البطن ولو أنه أعتق ما في البطن فإنه يصح إذا علم أنه كان موجوداً في البطن وقت العتق وإنما يعلم وجوده إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت العتق، فإن جاءت به لستة أشهر فصاعداً لم يعتق لأنه لم يعلم وجوده وقت العتق فلا يعتق بالشك إلا إذا كانت الأمّة في عدّة زوج فإنه يحكم بوجود الولد إلى سنتين من وقت العلوق في حق ثبوت النسب فكذلك في حق العتاق، وإنما جاز عتق ما في البطن لأن العتق ينافي الرق وما في البطن موقوف وكذلك الوصية بما في البطن تصح إذا علم وجوده في البطن وقت الوصية لأن الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن كذلك الوصية، ولو خالع امرأته على ما في بطن جاريتها فالخلع واقع وللزوج الولد إذا كان موجوداً في البطن وقت الخلع، وإن لم يكن موجوداً كما إذا جاءت به لستة أشهر فصاعداً فلا سبيل للزوج على ما في البطن ولكنه ينظر إن قالت: اخلعني على ما في بطن جاريتي ولم تقل: من ولد

الفساد **كما إذا وهب أرضه وفيها ابنه** بخلاف ما إذا دبرّ الحمل ثم وهبها حيث لا تجوز الهبة لأن ملكه فيه باق ولا يمكن إدخاله في الهبة لأن المدبر لا يقبل النقل من ملك إلى ملك ولا يمكن تصحيح الهبة في الأم بدونه لأنها مشغولة به فصار نظير هبة النخل بدون الثمر أو الجوالق بدون الدقيق من حيث أن كل واحد منها يمنع القبض بخلاف البيع حيث لا يجوز في الفصول كلها فصل الاستثناء والعتق والتدبير وبخلاف الوصية حيث تجوز في الأمّ دون الحمل وفي الحمل دون الأمّ لأن بابها أوسع على ما بينا في البيوع. وقوله على أن يعوّضه شيئاً منها **فيه إشكال** فإنه إن أراد به الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائزان فلا يستقيم قوله: بطل الشرط، وإن أراد به أن يعوّضه عنها شيئاً من العين الموهوبة فهو تكرار محض لأنه ذكره بقوله: على أن يرد عليه شيئاً منها.

قال رحمه اللّه: (ومن قال لمديونه إذا جاء غد فهو لك أو أنت منه بريء أو إن أدّيت إليّ نصفه فلك نصفه أو أنت بريءمن النصف الباقي فهو باطل) لأن تمليك الدين فيه معنى الإسقاط والإبراء منه إسقاط فيه معنى التمليك لأن الدين مال من وجه بالنظر إلى المال حتى تجب فيه الزكاة ويصح شراؤه به من المدين ووصف من وجه بالنظر إلى الحال حتى لو حلف أنه لا مال له وله ديون على الناس لا يحنث. ومن وجه أنه مال كان تمليكاً فيرتد بالردّ، ومن وجه أنه وصف كان إسقاطاً فلا يتوقف على القبول والتعليق بالشروط يختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق وهذا تمليك من وجه فلا يجوز تعليقه بالشرط فبطل بخلاف قوله أنت بريء من النصف على أن تؤدّي إليّ النصف لأنه تقييد وليس بتعليق على ما بينا في الصلح.

فلا شيء له عليها، ولو قالت: مَنْ الولد فإنه يرجع عليها بما ساق إليها من المهر لأنها غرّت الزوج حين قالت: من ولد، وإذا لم تقل: من ولد لم تغرّه وهذا كما قلنا في المرأة إذا قالت لزوجها: اخلعني على ما في يدي أو على ما في صندوقي هذا من شيء أو لم تذكر شيئاً فإن كان فيه شيء فللزوج، وإن لم يكن فيه شيء فلا يرجع الزوج عليها بشيء لأنها لم تغرّه حيث لم تسم له مالاً، فأما إذا قالت: اخلعني على ما في صندوقي هذا من متاع فإن كان فيه شيء من متاع فهو له وإن لم يكن يرجع عليها بما ساق لها من المهر كذا في شرح الطحاوي اهـ إتقاني. **قوله: (كما إذا وهب أرضه وفيها ابنه)** قال في النهاية: وصار هذا كما لو وهب أرضاً وفيها ابن الواهب واقف وسلمها إلى الموهوب له تمت الهبة فهذا مثله اهـ **قوله: (فيه إشكال)** قال قارئ الهداية ومن خطه نقلت قلت: لا إشكال لأنه أراد لا فرق بين العبارتين في أن كل واحد منهما لا يفسد أي سواء عبر بهذا أو بهذا اهـ **قوله: (فهو تكرار محض)** قال الرازي رحمه اللّه: لا تكرار فيه لأن الأول هبة بشرط الفسخ لأن الردّ دليل

قال رحمه الله: (وصح العمري للمعمر له حال حياته ولورثته بعد موته وهي أن يجعل داره له عمره فإذا مات تردّ عليه لا الرقبي أي إن مت قبلك فهي لك) وهذا تفسير الرقبي أي يقول ذلك له لما روي عن زيد بن ثابت أنه عليه الصلاة والسلام قال: «من أعمر عمرى فهي لمعمره محياه ومماته لا ترقبوا من أرقب شيئاً فهو سبيل الميراث»(١) رواه أحمد وأبو داود والنسائي، وفي لفظ «جعل الرقبي للذي أرقبها»(٢) رواه أحمد والنسائي، ولأن معنى العمري هو التمليك في الحال ويجعلها له مدّة عمره ثم إذا مات ترجع إليه فصح التمليك وبطل الشرط لما بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويبطل الشرط. ومعنى الرقبي أن يملكها له بعد موته فيكون تمليكاً مضافاً إلى زمان وهو من الارتقاب وهو الانتظار كأنه ينتظر موته فلا يصح لعدم التمليك في الحال، وقال أبو يوسف رحمه الله: تصح الرقبي أيضاً بناء على أنها تمليك للحال واشتراط للاسترداد بعد موته عنده كالعمري كأن الواهب ينتظر موت الموهوب له، وقد روى ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام قال: «العمري جائزة لمن أعمرها والرقبي جائزة لمن أرقبها»(٣) رواه أحمد والنسائي فحاصله أنه متى وجد التمليك في الحال واشتراط الرد في المآل يجوز بالإجماع لما بينا أن الهبة لا تبطل بالشرط بل الشرط يبطل، ومتى كان التمليك مضافاً إلى زمان في المستقبل لا يجوز بالإجماع فكان الخلاف بينهم مبنياً على تفسير الرقبي فمن قال: أنه تمليك في الحال أجازه ومن قال: أنه/ مضاف لم يجزه وليس باختلاف حقيقة، ومثل هذا تقدّم [٨٧ ب/٣] في نكاح الصابئات وفي فساد الصوم بالإفطار في الإحليل وفي وجوب الدم إذا غسل المحرم رأسه بالخطمي وبلبس الثوب المصبوغ بعصفر، فإذا لم يكن بينهم خلاف في الحقيقة واللفظ صالح للمعنيين أمكن التوفيق بين الأخبار **فيما ورد من النهي عن الرقبي** محمول على أن المراد به إبطال شرط الجاهلية وهو الاسترداد بعد موت الموهوب له وما جاء فيه من الإطلاق محمول على أنه جائز والشرط باطل، ومثله جاء

الرجوع والثاني هبة شيء بشرط أن يكون شيء منه عوضاً عن نفسه اهـ **قوله: (فما ورد من النهي عن الرقبي إلخ)** الرقبي قد تكون من الأقارب وقد تكون من الترقيب فحيث قال: أجاز الرقبي يعني إذا كان من الأقارب بأن يقول: أرقبت داري لك وحيث قال: ردّ الرقبي يعني إذا كان من الترقيب وهو أن يقول: أراقب موتك وتراقب موتي فإن مت أنا

---

(١) أخرجه النسائي في العمرى (٣٧٢٣)، وأبو داود في البيوع (٣٥٥٩)، وأحمد في مسنده (٢١١٤٢).

(٢) أخرجه النسائي في الرقبى (٣٧٠٧)، وأحمد في مسنده (٢١١٣٦).

(٣) أخرجه الترمذي في الأحكام (١٣٥١)، وأبو داود في البيوع (٣٥٥٨).

النهي عن العمري أيضاً وهو ما روي عن ابن عمر رضي اللّه عنهما أنه عليه صلاة والسلام قال: «لا تعمروا ولا ترقبوا فمن أعمر شيئاً أو أرقبه فهو له حياته ومماته»[١] رواه أحمد والنسائي وقال عليه الصلاة والسلام: «العمري جائزة لأهلها والرقبي جائزة لأهلها»[٢] رواه أبو داود والترمذي والنسائي وفيهما أخبار كثيرة بعضها يمنعهما وبعضها يجيزهما بالحمل على ما حملناه حصل التوفيق فلا معارضة.

قال رحمه اللّه: (والصدقة كالهبة لا تصح إلا بالقبض ولا في مشاع يحتمل القسمة) لأنه تبرع كالهبة ويلزم فيها ما يلزم في الهبة فامتنعت بدون القبض كالهبة.

قال رحمه اللّه: (ولا رجوع فيها) أي في الصدقة لأن المقصود فيها هو الثواب دون العوض، قال في النهاية: لا رجوع في الصدقة على الغني كما لا رجوع في الصدقة على الفقير ثم قال من أصحابنا من قال: الصدقة على الغني والهبة سواء لأنه يقصد به العوض دون الثواب، ألا ترى أنه في حق الفقير جعلت الصدقة والهبة سواء فيما هو المقصود ثم له أن يرجع في الهبة فكذا في الصدقة، ثم قال: ولكنا نقول في ذكر لفظة الصدقة ما يدل على أنه لم يقصد العوض ومراعاة لفظه أولى من مراعاة حال المتملك ثم التصدق على الغني يكون قربة يستحق به الثواب. وقد يكون مالكاً للنصاب وله عيال كثير والناس يتصدقون على مثل هذا لنيل الثواب، ألا ترى أنه عند اشتباه الحال يتأدى به الواجب الذي عليه ولا رجوع له فيه بالاتفاق فكذا عند العلم بحاله لا يثبت له حق الرجوع عليه هكذا ذكره في النهاية معزياً إلى المبسوط وما ذكروه من عدم جواز التصدق على غنيين ينافي هذا لأنهم هناك لم يعتبروا فيه وفي الهبة إلا حال المتملك حتى أجازوهما لفقيرين ومنعوهما لغنيين على الصحيح. وهو المذكور في الجامع الصغير على ما بينا من قبل فقياسه أن يملك الرجوع في الصدقة على الغني ولا يملك الرجوع في الهبة على الفقير واللّه أعلم بالصواب.

فهي لك، وإن مت أنت فهي لي فيكون هنا تعليق التمليك بالخطر وهو موت المملك قبله وذلك باطل، ثم لما احتمل المعنيين جميعاً والملك لذي اليد فيها يقيناً فلا نزيله بالشك وإنما يكون قوله: داري لك تمليكاً إذا لم يفسر هذه الإضافة بشيء، أما إذا فسرها بقوله: رقبي أو حبيس تبين أنه ليس بتمليك كما لو قال: داري لك سكنى يكون عارية وهذا لأن الكلام المبهم إذا تعقبه تفسير فالحكم لذلك التفسير اهـ مبسوط السرخسي.

---

(١) أخرجه النسائي في العمرى (٣٧٣٦).

(٢) أخرجه الترمذي في الأحكام (١٣٥١)، وأبو داود في البيوع (٣٥٥٨).

كتاب الإجارة

قال رحمه اللّه: (هي بيع منفعة معلومة بأجر معلوم) وقيل: هي تمليك المنافع بعوض بخلاف النكاح فإنه ليس بتمليك **وإنما هو استباحة المنافع** بعوض هذا في الشرع، وفي اللغة: الإجارة فعالة من أجر يأجر من بابي طلب وضرب فهو آجَرَ وذاك مأجور أي الإجارة اسم للأجرة وهي ما أعطي من كراء الأجير وقد أجره إذا أعطاه أجرته، والأجر ما يستحق على عمل الخير ولهذا يدعى به، يقال: أجرك اللّه وأعظم اللّه أجرك، وفي كتاب العين آجرت مملوكي أوجره إيجاراً فهو مؤجر، وفي الأساس آجرني داره فاستأجرتها وهو مؤجر ولا تقل: مؤاجر **فإنه خطأ وقبيح** قال: وليس آجر [٨٨ أ/٣] هذا/ فاعل بل هو أفعل وهي جائزة بإجماع الأمة وقال اللّه تعالى حكاية عن شعيب عليه الصلاة والسلام: ﴿إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج﴾ [القصص:٢٧] وشريعة من قبلنا شريعة لنا ما لم يظهر النسخ لا سيما إذا قص لنا لا على وجه الإنكار، وقال عليه الصلاة والسلام: «من استأجر أجيراً فليعلمه أجره» [١]، وشرطها أن تكون الأجرة والمنفعة معلومتين لأن جهالتهما تفضي إلى المنازعة. وركنها الإيجاب والقبول. وحكمها وقوع الملك في البدلين ساعة فساعة لأن المعقود عليه وهي المنافع معدومة والقياس أن لا تجوز لما فيها من إضافة العقد

كتاب الإجارة

قدم الهبة على الإجارة لأنها تمليك العين والعين مقدم على المنفعة ولأن فيها عدم العوض والعدم مقدم على الوجود ووصله بفصل الصدقة لأنهما يقعان لازمين اهـ إتقاني.
قوله: (وإنما هو استباحة المنافع إلخ) قال الإتقاني: وينبغي أن يقال: عقد على منفعة معلومة بعوض معلوم إلى مدة معلومة حتى يخرج النكاح لأن التوقيت يبطله أو يقال: عقد على منفعة معلومة لا لاستباحة البضع بعوض معلوم، وقال الإمام الإسبيجابي في شرح الطحاوي: التمليك على ضربين تمليك منفعة وتمليك عين، وكل وجه على وجهين إما أن يكون ببدل أو غير بدل فتمليك العين ببدل هو البيع، وتمليك العين بغير بدل هي الهبة والصدقة والوصية وما أشبه ذلك، وأما تمليك المنفعة ببدل فهي الإجارة وتمليك المنفعة بغير بدل هي العارية. **قوله: (فإنه خطأ وقبيح)** أما خطاؤه فإنّه من باب أفعل لا من باب فاعل، وأما

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى (٦/ ١٢٠).

إلى ما سيوجد إلا أنها أجيزت للضرورة لشدّة الحاجة إليها **وهي تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع** والعين المستأجرة **أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد** إليها ليرتبط الإيجاب بالقبول فعمله يظهر في المنفعة ملكاً واستحقاقاً حال وجودها وهذا كالمسلم فيه فإنّ الذمة التي هي محل المسلم فيه أقيمت مقام المعقود عليه في حق جواز السَّلم، وقال الشافعي رحمه اللّه: تجعل المنافع المعدومة موجودة حكماً ضرورة تصحيح العقد لأن العقد يستدعي محلاً ينعقد فيه إذْ الشرع حَكَمَ بالانعقاد وهو وصف العقد المنعقد فحكمنا بوجود المحل لينعقد العقد فيه وهذا لأن العقد قد لزم واللزوم وصف يثبت بالعقد فحكمنا بوجود المحل لينعقد العقد فيه فأنزلنا المعدوم موجوداً لذلك. قلنا: ارتباط الإيجاب بالقبول صفة الكلامين والمحل يحتاج إليه للحكم، وإنما اشترط وجود المحل عند الارتباط لأن الانعقاد لأجل الحكم فلا بد من تعيين المحل حتى يعمل العقد فيه فجعل الدار خلفاً عن المنفعة في حق إضافة العقد إليها ثم بعد ذلك عمل هذا اللفظ يتراخى إلى حين وجود المنفعة وحكم العقد وهو الملك يقبل الفصل عن العقد كما في البيع بشرط الخيار وهذا أولى مما ذهب إليه الشافعي لأنه تغيير أمر حكمي بدليل شرعي، وما ذهب إليه قلب الحقائق لأن المنافع معدومة حقيقة والمنفعة لا يتصوّر وجودها في لحظة فلا يمكن جعلها موجودة حكماً لأن الشرع لا يرد بتقدير المستحيل، **ولهذ لو أضاف العقد إلى المنفعة لا يجوز** ولو أضافه إلى العين جاز بالإجماع ولأن ما قلناه ليس فيه إلا إقامة السبب مقام المسبب وهو أمر شائع شرعاً كإقامة السفر مقام المشقة ونحوه فكان أولى.

قال رحمه اللّه: (وما صح ثمناً صح أجرة) لأن الأجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع ثم إن كانت الأجرة عيناً جاز كل عين أن يكون أجرة كما جاز أن يكون

قبحه فإنه يستعمل في موضع القبح اهـ **قوله: (وهي تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع)** أي لأن المنفعة لا تصلح محلاً للإضافة لأنها معدومة ليست في مقدور البشر اهـ بزدوي في الاستعارة وكتب ما نصه لو قال: آجرتك منافع هذه الدار شهراً بكذا لم يجز لأن العقد يرد على العين ثم ينتقل إلى المنفعة على حسب حدوثها شيئاً فشيئاً اهـ شرح مغني في باب حكم الواجب بالأمر. **قوله: (أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد)** أي لا في حق الملك لأن الملك يتأخر إلى حدوث المنفعة فعلى حسب حدوث المنافع تنعقد ساعة فساعة، وعند الشافعي حالة الانعقاد. **قوله: (ولهذا لو أضاف العقد إلى المنفعة لا يجوز)** قال الولوالجي: الإجارة إذا أضيفت إلى منفعة الدار تصح فإنه نص في هبة الشيخ الإمام الأجل الزاهد خواهر زاده إذا قال: وهبتك منفعة هذه الدار كل شهر بدرهم يكون إجارة فهذا أولى اهـ انظر الحاشية التي قبل هذه بقوله ناقلاً عن شرح المغني اهـ وهذا الفرع ذكره الولوالجي

بدلاً في البيع، وإن كان موصوفاً في الذمة يجوز أيضاً كل ما جاز أن يكون ثمناً أو مبيعاً في الذمة كالمقدارت والمذروعات وما لا فلا. ولا فرق بينهما فيه وقوله: ما صح ثمناً صح أجرة يقتضي ذلك ولا ينافي العكس حتى صح أجرة ما لا يصح ثمناً أيضاً كالمنفعة فإنها لا تصلح ثمناً وتصلح أجرة إذا كانت مختلفة الجنس كاستئجار سكنى الدار بزراعة الأرض وإن اتحد جنسهما لا يجوز كاستئجار الدار للسكنى بالسكنى وكاستئجار الأرض، للزراعة بزراعة أرض أخرى لأن المنافع معدومة فيكون بيعاً بالنسيئة على ما قالوا/ فلا يجوز ذلك في الجنس المتحد لأنه يكون كبيع [٨٨ ب/٣] القوهي بالقوهي نسيئة بخلاف مختلفي الجنس على ما قالوا.

قال رحمه الله: (**والمنفعة** تعلم ببيان المدة كالسكنى والزراعة فيصح على مدة معلومة أيّ مدة كانت) ومنه الأجير الواحد أن المدة إذا كانت معلومة كانت المنفعة معلومة فيجوز طالت المدة أو قصرت تأخرت بأن كانت مضافة أو تقدمت بأن كانت متصلة بوقت العقد ولا معنى لقول الشافعي فيه فإنه يقدّره بسنة في رواية ولا يجوز أكثر منها لأن جوازها كان للضرورة ولا ضرورة إلى أكثر منها. وفي رواية يقدره بثلاثين سنة ولا يجوز أكثر منها لأنه قلما يستعمل بالأجرة أكثر من ذلك وفي رواية تجوز أبداً لأن بيع المنافع كبيع الأعيان فجاز مؤبداً. قلنا: كل ذلك باطل لأن المجوّز لها كونها معلومة ولا معنى لمنعه بعد أن صارت معلومة، ألا ترى إلى قوله تعالى حكاية عن شعيب عليه الصلاة والسلام: ﴿إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين عى أن تأجرني ثماني حجج﴾ [القصص: ٢٧]، فأجاز أكثر من سنة ولأن المنافع لا تكون معلومة إلا بضرب المدة لها فلا تجوز إلا مؤجلة بخلاف بيع الأعيان فإنها معلومة بدونه ومن شرطها التأبيد أيضاً حتى لو ضرب له أجلاً فسد البيع، وقال بعضهم: لا يجوز أن يضرب لها أجلاً لا يعيش إليه مثله عادة **لأن الغالب كالمتحقق** في حق الأحكام حتى يحكم بموت المفقود عند موت أقرانه فصار كالتأبيد معنى فلا يجوز لما عرف أن التأبيد يبطلها وبه كان يقضي القاضي أبو عصمة العامري، وبعضهم جوّز ذلك والخصاف منهم لأن الخيرة في هذا الكلام للمتعاقدين وإنه يقتضي التوقيت ولا يقتضي تعيين الوقت.

قال رحمه الله: (ولا يزاد في الأوقاف على ثلاث سنين) أي لا يجوز أن تزاد

في الفصل الأوّل من كتاب الإجارة اهـ **قوله في المتن: (والمنفعة إلخ)** لما ذكر قبل هذا أن الإجارة بيع منفعة معلومة واقتضى هذا أن الإجارة لا تصح حتى تكون المنافع معلومة. شرع يذكر كيف تعلم المنافع فقال: والمنفعة إلخ اهـ **قوله: (لأن الغالب كالمتحقق إلخ)** قال

مدة الإجارة في الأوقاف على ثلاث سنين **خوفاً من دعوى المستأجر** أنه ملكه إذا تطاولت المدّة. وذكر بعضهم الحيلة في جواز الزيادة على ثلاث سنين أن يعقد عقوداً كل عقد على سنة ويكتب في الكتاب أن فلان بن فلان استأجر الوقف كذا وكذا سنة **بكذا وكذا عقداً في كل عقد** سنة. وذكر صدر الإسلام أن الحيلة فيه أن يرفع إلى الحاكم حتى يجيزه وكان الصدر الشهيد رحمه الله يفتي بالجواز في ثلاث سنين في الضياع إلا إذا كانت المصلحة في المنع، وفي غير الضياع كان يفتي بعدم الجواز فيما زاد على سنة واحدة إلا إذا كانت المصلحة في الجواز هذا إذا لم ينص الواقف على مدّة الإجارة، فإن اشترط لذلك شيئاً من المدّة فهو على ما شرط طال أو قصر لأن شروط الواقف تراعى كالنصوص.

قال رحمه الله: (**أو بالتسمية** كالاستئجار على صبغ الثوب وخياطته) أي المنفعة تعلم بالتسمية كما فيما ذكره من الصبغ والخياطة ومنه استئجار الدابة للحمل أو للركوب **لأنه إذا بين المصبوغ والصبغ وقدر ما يصبغ به** وجنسه وجنس الخياطة والمخيط ومن يركب على الدابة والقدر المحمول عليها والمسافة صارت المنفعة معلومة بلا شبهة فصح العقد ومن هذا النوع الإجارة على العمل كاستئجار القصار ونحوه.

قال رحمه الله: (أو بالإشارة كالاستئجار على نقل هذا الطعام إلى كذا) أي تكون المنفعة معلومة بالإشارة كما ذكره من نقل الطعام لأنه إذا علم المنقول والمكان المنقول إليه صارت المنفعة معلومة وهذا النوع هو قريب من النوع الأوّل.

[٨٩ أ/٣] قال رحمه الله: (**والأجرة/ لا تملك بالعقد** بل بالتعجيل أو بشرطه أو بالاستيفاء **أو بالتمكن** منه) أي لا تملك الأجرة بنفس العقد سواء كانت الأجرة عيناً أو ديناً،

الولوالجي أي قال في الفصل الأوّل: ولو استأجر مائتي سنة بكذا فهو فاسد لأنا نعلم أنه لا يعيش إلى تلك المدّة فيقع بعضه في حالة الحياة وبعضه بعد الوفاة اهـ **قوله**: (**خوفاً من دعوى المستأجر**) الذي بخط الشارح المستأجرين اهـ **قوله**: (**بكذا وكذا عقد في كل عقد إلخ**) فيكون العقد الأوّل لازماً والثاني غير لازم لأنه مضاف اهـ **قوله في المتن**: (**أو بالتسمية**) يعني المنفعة تارة تعلم ببيان المدّة كما تقدّم، وتارة تصير معلومة بمجرد التسمية بدون ذكر المدّة اهـ **قوله**: (**لأنه إذا بيّن المصبوغ**) أي الثوب الذي يصبغ اهـ **قوله**: (**والصبغ**) أحمر أو نحوه اهـ **قوله**: (**وقدر ما يصبغ به**) أي إذا كان مما يختلف اهـ إتقاني. **قوله**: (**والمسافة**) يتعلق بالحمل والركوب جميعاً اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**والأجرة لا تملك بالعقد**) قال في الهداية: الأجرة لا تجب بالعقد وتستحق بإحدى معان ثلاث إما بشرط التعجيل أو بالتعجيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه اهـ قوله لا تجب بالعقد أي لا يجب

وإنما تملك بالتعجيل أو بشرط التعجيل أو باستيفاء المعقود عليه وهي المنفعة أو بالتمكن من استيفائه بتسليم العين المستأجرة في المدّة. **وقال الشافعي** رحمه اللّه: تملك **بنفس العقد** ويجب تسليمها عند تسليم العين المستأجرة لأنها عقد معاوضة فيثبت الملك في البدلين بنفس العقد وهذا مبني على أصله أن المنفعة المعدومة

أداؤها وتسليمها بمجرد العقد، أما نفس الوجوب فثابت بنفس العقد اهـ **قوله في المتن: (أو بالتمكن إلخ)** قال الإتقاني: ولكن إذا كانت الإجارة صحيحة فإذا كانت فاسدة لا يجب شيء بمجرد التمكن من الاستيفاء وذلك لأن الواجب على الآجر تسليم العين التي تحدث منها المنافع في مدة الإجارة لا تسليم المنفعة، لأن تسليم عين المنفعة لا يتصوّر فقام تسليم العين مقام تسليم المنفعة ولكن يعتبر التسليم على وجه يمكن الانتفاع بها وقد تحقق التسليم على هذا الوجه فمتى تحقق التسليم المستحق وجب الأجر، وإن لم ينتفع بها كما إذا قبض المبيع ولم ينتفع به. قال الإمام الإسبيجابي في شرح الطحاوي: ومن استأجر دابة إلى مكان معلوم ليركبها فذهب بها ولم يركبها ولم يحمل عليها شيئاً فإنه يجب الأجر، وكذلك إذا استأجر داراً ليسكنها فسلم المؤجر المفتاح إليه ومضت المدة فإنه يجب الأجر عليه سكن الدار أو لم يسكن إلا إذا منعه مانع من السلطان أو غيره فأخرجه ولم يمكن دفعه عنها فإنه لا يجب الأجر عليه إلى هنا لفظه رحمه اللّه. وقال في شرح الأقطع قال أصحابنا: إذا استأجر دابة إلى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدّة يمكنه المسير فيها إلى الكوفة فلا أجر عليه وإن ساقها معه إلى الكوفة ولم يركبها وجبت الأجرة وقال الشافعي: تجب الأجرة في الوجهين دليلنا أن العقد وقع على مسافة فالتسليم في غيرها لا يستحق به البدل كما لو وقع على مدة فسلم في غيرها فإنه لا يستحق البدل، فإن قيل: أن المستأجر قبض العين المستأجرة وتمكن من استيفاء المنفعة المعقود عليها فوجب أن تستقر الأجرة عليه أصله إذا استأجرها شهراً للركوب قيل له: التمكن من الاستيفاء في غير محل المعقود عليه كالتمكن من الاستيفاء في غير المدة والمعنى في الأصل أن العقد وقع على المدة، وفي مسألتنا وقع على العمل وفرق ما بينهما كما لو استأجر رجلاً لخياطة ثوب أو استأجره يوماً للخياطة والحاصل أن هاهنا قيود الوجوب الأجرة أحدها التمكن من الاستيفاء في المدة حتى إذا لم يتمكن من استيفاء المنافع أو تمكن في غير المدة لا يجب الأجر، والثاني أن تكون الإجارة صحيحة، ألا ترى إلى ما قال في تتمة الفتاوى: لا يجب الأجر في الإجارة الفاسدة بالتمكن من استيفاء المنفعة وإنما يجب بحقيقة الاستيفاء بخلاف الإجارة الصحيحة فإن الأجرة فيها تجب بالتمكن من استيفاء المنفعة. **قوله: (وقال الشافعي: تملك بنفس العقد)** قال الإتقاني: وفائدة هذا الخلاف ما ذكره علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وهو أن لا يثبت للمؤجر ولاية المطالبة بتسليمها في الحال ولو كانت الأجرة عبداً وهو قريبه لا يعتق عليه في الحال اهـ

عنده جعلت موجودة حكماً لأن من شرط جواز العقد أن يكون المعقود عليه موجوداً مقدوراً على تسليمه لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم. وللشارع جعل المعدوم حقيقة موجوداً حكماً كما جعل النطفة في الرحم كالحيّ حكماً في حق الأحكام من الوصية والإرث، وكذا يجعل الموجود حقيقة كالمعدوم حكماً كما جعل المرتد الملتحق بدار الحرب ميتاً في حق الأحكام كالإرث وعتق أمّهات أولاده. والدليل على أنه كالموجود جواز الاستئجار بالدين، ولو كان معدوماً لما جاز لأنه يصير ديناً بدين وهو حرام شرعاً. ولنا أن هذا عقد معاوضة فيقتضي المساواة بينهما وذلك بتقابل البدلين في الملك والتسليم وأحد البدلين وهو المنفعة لم تصر مملوكة بنفس العقد لاستحالة ثبوت الملك في المعدوم فكذا في البدل الآخر، ولو ملك الأجرة لملكها بغير بدل وهو ليس من قضية المعاوضة فتأخر الملك فيه ضرورة، وجواز العقد ليس باعتبار أن المعدوم جعل موجوداً حكماً وكيف يقال ذلك والموجود من المنفعة لا يقبل العقد لأنه عرض لا يبقى زمانين فلا يتصوّر فيه التسليم بحكم العقد والقدرة على التسليم شرط لجواز العقد وما لا يتصوّر فيه التسليم لا يكون محلاً للعقد بل باعتبار أن العين التي هي سبب وجود المنفعة أقيمت مقام المنفعة في حق صحة الإيجاب والقبول. وفي حق وجوب التسليم إذ العين هي التي يمكن تسليمها دون العرض فانعقد في حقها في الحال فوجب عليه تسليمها وصار العقد مضافاً غير منعقد للحال في حق المنفعة لأن أقصى ما يتصور العقد على المنفعة أن يكون العقد مضافاً إلى وقت حدوثها فينعقد العقد في كل جزء من المنفعة على حسب وجودها شيئاً فشيئاً وهو معنى قولنا أن عقد الإجارة في حكم عقود متفرقة يتجدد انعقادها على حسب حدوث المنافع، وإنما قامت العين مقام المنفعة تصحيحاً للعقد في حق الانعقاد والتسليم ضرورة عدم تصوّرهما في المنفعة ولا ضرورة في حق الملك في البدل إذ ما ثبت للضرورة يثبت بقدرها فلا يظهر في حق ملك البدل كما لا يظهر في حق ملك المنفعة فيكون العقد مضافاً إلى وقت حدوثها غير منعقد للحال في حقهما وهذ أولى من الذي ذهب إليه الشافعي رحمه الله فإن فيه قلب الحقائق وهو جعل المعدوم موجوداً وما ذهبنا إليه ليس فيه إلا إقامة السبب وهو العين مقام المسبب وهي المنفعة في حق بعض الأحكام وهذا القدر من التغيير معهود في الشرع، ألا ترى أن الشارع أقام السفر مقام المشقة لأنه سببها وأقام البلوغ مقام اعتدال العقل حتى علق التكليف به لأنه سببه ونظائره كثيرة لا تحصى. وإنما جاز الاستئجار بالدين لأن العقد لم ينعقد في حق المنفعة **فلم تصر المنفعة ديناً** في ذمّته فلا يجب بدلها/ أيضاً، وعند انعقاد العقد فيها وهو [٨٩ ب/٣]

زمان حدوثها تصير هي مقبوضة فلا يكون ديناً بدين أصلاً ولو كان العقد منعقداً في حق المنفعة لما جازت الإجارة بالدين المؤجل أصلاً، كما لا يجوز السلم به. ولو جاز أن يجعل المعدوم كالمستوفي لجاز ذلك في السلم أيضاً، كما إذا باع العين بالدين فإذا استوفى المنفعة ثبت الملك في الأجرة لتحقق المساواة، وإن عجلها أو اشترط تعجيلها فقد التزمه بنفسه وأبطل المساواة التي اقتضاها العقد فصح بخلاف الإجارة المضافة إلى وقت بشرط تعجيل الأجرة حيث يكون الشرط باطلاً ولا يلزمه للحال شيء لأن امتناع وجوب الأجرة فيه ليس بمقتضى العقد بل بالتصريح بالإضافة إلى وقت في المستقبل والمضاف إلى وقت لا يكون موجوداً قبل ذلك الوقت فلا يتغير هذا المعنى بالشرط، وفيما نحن فيه إنما لا يجب لاقتضاء العقد المساواة وليس بمضاف صريحاً فيبطل ذلك المعنى بالتصريح على خلافه، ألا ترى أن الثمن في البيع يجب في الحال ولا يجب تسليم المبيع حتى يسلم الثمن لأن العقد يقتضي المساواة ثم إذا كان الثمن مؤجلاً يجب تسليمه في الحال لأنه تأخر بالقصد صريحاً، ولا يقال: يصح الإبراء من الأجرة بعد العقد ولو لم يملكها لما صح **وكذا يصح الارتهان والكفالة بها**، وكذا لو تزوّج امرأة بسكنى داره سنة وسلم الدار إليها ليس لها أن تمنع

قوله: (فلم تصر المنفعة ديناً) قال الإتقاني: فإن قيل: لو لم تملك المنافع يلزم الافتراق عن دين بدين؟ قلنا: لو صح ذلك لزم التقابض في المجلس فلما جاز التفرق من غير تقابض ولا يكون ذلك ديناً بدين بطل ما قالوا اهـ **قوله: (وكذا يصح الارتهان والكفالة بها)** قال قاضيخان في فتاواه قبيل فصل الإجارة الطويلة: رجل آجَرَ دارَه من رجل سنة بألف درهم ثم قال للمستأجر: وهبت منك جميع الأجر أو قال: أبرأتك عن الأجر صح ذلك في قول محمد وأبي يوسف الأوّل ولا يصح في قول أبي يوسف الآخر، ولو قال: أبرأتك عن خمسمائة من هذا الأجر أو قال: عن تسعمائة من الألف صح، ولو قال: بعد ما مضت ستة أشهر من وقت الإجارة أبرأتك عن الأجر صح عن الكل في قول محمد رحمه الله وفي قول أبي يوسف الآخر صح إبراؤه عما مضى ولا يصح عما يستقبل ولو كان تعجيل الأجرة شرطاً في الإجارة ثم وهب منه الأجر أو أبرأه عن الأجر صح في قولهم، ولو آجر داره ثم وهب له أجر رمضان قال الفقيه أبو القاسم رحمه الله: إن استأجرها سنة جاز، وإن استأجرها مشاهرة لا يصح إلا إذا وهب منه بعد ما دخل شهر رمضان. قال الفقيه أبو الليث: هذا الجواب يوافق قول محمد رحمه الله وبه نأخذ اهـ وقال الحدادي رحمه الله ولو وهب بعض الأجرة أو أبرأ منه جاز إجماعاً أما على أصل محمد فظاهر لأن الهبة تجوز عنده في الجميع فكذا في البعض وأما على أصل أبي يوسف فهبة البعض حط تلحق بالأصل فيصير كالموجود في حال العقد وهبة الجميع لا تلحق بالعقد فتثبت في الحال وليس هناك حق واجب فلا يصح، وأما إذا وجبت الأجرة بمضي الوقت

نفسها فلو لم تملك المنفعة ولم تقبضها لمنعت نفسها، لأنا نقول: لا يصح الإبراء عند أبي يوسف رحمه اللّه لعدم وجوبه كالمضاف بخلاف الدين المؤجل لأنه ثابت في الذمة فجاز الإبراء عنه، والجواب على قول محمد رحمه اللّه أنه وجد سبب وجوبه فجاز ابراؤه بعد وجود السبب كالإبراء عن القصاص بعد الجرح والرهن والكفالة للوثيقة فلا يشترط فيه حقيقة الوجوب، ألا ترى أنهما جائزان بالثمن في البيع المشترط فيه الخيار وبالدين الموعود وجازت الكفالة بالدرك وجاز تعليقها بالشرط فكذا بهذا الدين، أما جواز الكفالة فظاهر لأنه يجوز تعلقيها بشرط ملائمة فهذا لا يكون أقل منه، وأما الرهن فلأنه استيفاء للدين حكماً فيكون معتبراً بالاستيفاء الحقيقي فلو استوفى الأجرة هنا حقيقة جاز فكذا حكماً بخلاف الإجارة المضافة وإنما لم يكن للمرأة أن تحبس نفسها بعد تسليم الدار إليها لأنه أوفى ما سمى لها برضاها وهو المراد بمثله عادة عند الإطلاق فصار كما إذا أجلت المهر كله فإنه يجب عليها تسليم نفسها قبل حلوله فكذا هذا بل أولى لأنها تسلمت الدار وهي قائمة مقام المنفعة من وجه على ما بينا، وقوله للشارع جعل المعدوم حقيقة موجوداً حكماً إلخ قلنا: لكن عهدنا ذلك فيما يمكن تقدير وجوده حقيقة لأن الشيء إنما يقدّر حكماً إذا كان يمكن تصوّره حقيقة كما في المستشهد به فإن الحي يتصوّر موته وكذا بالعكس، وأما المنافع فلا تقبل العقد أصلاً حتى في حال وجودها على ما بيناه فكيف يقدر وجودها لجواز العقد، وليس في وجودها جوازه بل بطلانه على ما بينا على أن ما اعتبره قلب وما اعتبرناه تغيير فكان أولى على ما بينا.

قال رحمه اللّه: (فإن غصبت منه سقط الأجر) أي لو غصبت العين المستأجرة من يد / المستأجر سقط الأجر كله فيما إذا غصبت في جميع المدة، وإن غصبت في بعضها سقط بحسابها لزوال التمكن من الانتفاع وهو شرط لوجوب الأجرة لا حقيقة الانتفاع على ما تبين، وهل تنفسخ الإجارة قال صاحب الهداية: تنفسخ، وقال القاضي فخر الدين في فتاواه والفضلي: لا تنتقض. [٩٠/أ ٣]

قال رحمه اللّه: (ولرب الدار والأرض طلب الأجر كل يوم وللجمال كل مرحلة وللقصار والخياط بعد الفراغ من عمله) والأصل فيه أن الإجارة معاوضة والملك في

وهي دين فلا بأس بالبراءة والهبة والصرف لأنه دين واجب كسائر الديون اهـ **قوله: (سقط الأجر)** وذلك لأن استحقاق الأجرة إذا لم يوجد التعجيل إما باستيفاء المنافع أو بالتمكن من الاستيفاء ولم يوجد الاستيفاء والتمكن منه أصلاً فلا تستحق الأجرة اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (ولرب الدار والأرض طلب الأجر كل يوم)** قال في شرح الأقطع وقال زفر: لا يطالبه إلا بعد مضي مدّة الإجارة ولو كانت مائة سنة وهو قول أبي حنيفة الأوّل اهـ إتقاني. **قوله في المتن:**

المنافع يمتنع ثبوته زمان انعقد فكذا الملك في الأجرة على ما بيناه. ثم كان أبو حنيفة أوّلاً يقول في الكل: لا يجب شيء من الأجرة حتى يستوفي جميع المنفعة والعمل وهو قول زفر، **لأن المعقود عليه جملة المنافع** والعمل فلا يتوزع الأجر على أجزائها **كالثمن في المبيع** والرهن في الدين ثم رجع عن هذا فقال: إن وقعت الإجارة على المدّة كما في إجارة الدار والأرض أو على قطع المسافة **كما في كراء الدابة** يجب الأجر بحصة ما استوفى من المنافع إذا كان للمستوفي أجرة معلومة من غير مشقة **ففي الدار يجب لكل يوم وفي المسافة لكل مرحلة**. والقياس أن يجب في كل ساعة بحسابه تحقيقاً للمساواة إلا أنه يفضي إلى الحرج لأنه لا يعلم حصته إلا بمشقة **ولا يتفرّغ لغيره** فرجع إلى ما ذكرنا، لأن حصته من الأجرة معلومة من غير مشقة وهذا القدر من المنفعة مقصود فيجب البدل بحصته بخلاف ما إذا وقعت الإجارة على العمل كالخياطة والقصارة لأن العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب الأجر بمقابلته حتى يفرغ من العمل فيستحق الكل، وكذا إذا عمل في بيت المستأجر ولم يفرغ من العمل لا يستحق شيئاً من الأجرة على ما ذكره صاحب الهداية وصاحب التجريد، وذكر في المبسوط والفوائد الظهيرية والذخيرة ومبسوط شيخ الإسلام وشرح الجامع الصغير لفخر الإسلام وقاضيخان والتمرتاشي: أنه إذا خاط البعض في بيت المستأجر يجب الأجر له بحسابه حتى إذا سرق الثوب بعدما خاط بعضه يستحق الأجر بحسابه واستشهد في الأصل على ذلك بما لو استأجر إنساناً ليبني له حائطاً فبنى بعضه ثم انهدم فله أجر ما بنى فهذا يدل على أنه يستحق الأجر ببعض العمل في الكل إلا أنه يشترط فيه التسليم إلى المستأجر، ففي سكنى الدار وقطع المسافة صار مسلماً إليه بمجرّد تسليم الدار وقطع المسافة. وفي الخياطة ونحوها لا يكون مسلماً إليه إلا إذا

(وللقصار والخياط بعد الفراغ من عمله) وإذا اشترط في جميع هذه الوجوه تعجيل الأجر أو تأخيره فهو على ما اشترطه لما أنه أعرض عن قضية المعادلة اهـ إتقاني. **قوله: (لأن المعقود عليه جملة المنافع)** أي وهي لم تصر مسلمة إليه فلا يطالبه ببدلها اهـ **قوله: (كالثمن في المبيع)** وكما لو استأجر خياطاً ليخيط له ثوباً فخاط بعضه لا يستحق الأجرة ما لم يفرغ من العمل بخلاف ما إذا بيّن وقت الاستحقاق مثل أن يقول: آجرتك هذه الدار بكذا سنة على أن تعطي الأجرة بعد شهرين لأن ذلك بمنزلة شرط تعجيل الأجرة. ولنا أنه استوفى بعض المعقود عليه فيجب بدله تحقيقاً للمساواة بين المتعاقدين اهـ إتقاني. **قوله: (كما في كراء الدابة)** الكراء بالمد الأجرة اهـ مصباح. **قوله: (ففي الدار يجب لكل يوم)** أي لأن اليوم مقصود بالانتفاع وأخذ البدل عنه لا يفضي إلى الضرر اهـ إتقاني. **قوله: (وفي المسافة لكل مرحلة)** وهواستحسان اهـ **قوله: (ولا يتفرغ لغيره)** أي لأنه كما يفرغ من تسليم أجرة ساعة

سلمه إلى صاحبه حقيقة ففي خياطته في منزل المستأجر يحصل التسليم بمجرّد الفعل إذ هو في منزله، والمنزل في يده فلا يحتاج فيه إلى التسليم الحقيقي فيجب بمجرّد العمل ولهذا إذا فرغه في منزله يجب الأجر من غير تسليم إليه وعلى ما ذكره صاحب الهداية وصاحب التجريد لا يستحق الأجر على البعض إلا في سكنى الدار أو **قطع المسافة** وهو أقرب إلى المروي عن أبي حنيفة رحمه اللّه، لأنه روى الفرق بينهما عنه في القول المرجوع إليه على ما ذكرنا وعلى ما ذكروه لا فرق بين الكل.

قال رحمه اللّه: (وللخباز بعد إخراج الخبز من التنور) يعني للخباز أن يطالب بالأجر إذا أخرج الخبز من التنور لأنه قد فرغ فيملك المطالبة كالخياط إذا فرغ من العمل هذا إذا كان يخبز في بيت المستأجر لأنه صار مسلماً إليه بمجرّد الإخراج فيستحق الأجر، وإن كان في منزل/ الخباز لم يكن مسلماً إليه بمجرّد الإخراج من التنور. [٩٠ ب/٣]

قال رحمه اللّه: (**فإن أخرجه فاحترق** فله الأجر ولا ضمان عليه) يعني إذا أخرجه من التنور ثم احترق هذا إذا كان يخبز في منزل المستأجر لأنه بمجرد الإخراج صار

يجب عليه تسليم أجرة ساعة أخرى على التوالي اهـ إتقاني. **قوله: (أو قطع المسافة)** من هنا إلى قوله في المتن: وبزرع رطبة مفقود من خط الشارح رحمه اللّه اهـ **قوله في المتن: (فإن أخرجه فاحترق إلخ)** قال في الهداية: ومن استأجر خبازاً ليخبز له في بيته قفيزاً من دقيق بدرهم لم يستحق الأجر حتى يخرج الخبز من التنور لأن تمام العمل بالإخراج، فلو احترق أو سقط من يده قبل الإخراج لا أجر له للهلاك قبل التسليم، فإن أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الأجر لأنه صار مسلّماً بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لأنه لم يوجد منه الجناية، قال رضي اللّه عنه: وهذا عند أبي حنيفة لأنه أمانة في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا أجر له لأنه مضمون عليه فلا يبرأ إلا بعد حقيقة التسليم وإن شاء ضمنه الخبز وأعطاه اهـ قال الإتقاني قال محمد في الجامع الصغير: عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل أدخل رجلاً إلى منزله استأجره ليخبز له خبزاً فلما أخرجه من التنور احترق من غير فعله قالوا له: الأجر ولا ضمان عليه إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير، قالوا في شروح الجامع الصغير: أما عدم الضمان لأنه هلك لا بصنعه، وأما وجوب الأجر فلأنه أوفى عمله وصار الخبز منتفعاً به فصح التسليم اهـ قوله في الهداية: وهذا عند أبي حنيفة قال الإتقاني: أي عدم الضمان على الخباز إذا احترق الخبز بعد الإخراج من غير فعله هو مذهب أبي حنيفة، أما عندهما فعليه الضمان أقول في الجامع الصغير أطلق الجواب بعدم الضمان ولم يذكر الخلاف، وكذا لم يذكروا الخلاف في شروح الجامع الصغير بل قالوا: لا ضمان عليه مطلقاً فعن هذا قالوا الجواب في الجامع الصغير مجري على عمومه، أما عند أبي حنيفة فلا ضمان عليه لأنه لم

مسلماً إليه، إذ المنزل في يده فيستحق الأجر بوضعه فيه ولا يجب عليه الضمان إذا هلك بعد ذلك بالإجماع لأنه هلك بعد التسليم، **ولو احترق قبل أن يخرجه** أو سقط من يده قبل الإخراج **فاحترق لا يستحق الأجر** لهلاكه قبل التسليم، ولأنه قبل الإخراج لا قيمة له بخلاف ما إذا خاط الثوب في منزل صاحب الثوب حيث يستحق الأجر بخياطة بعضه، وإن هلك قبل التسليم **على ما ذكره الجماعة**، لأن ذلك القدر له قيمة وينتفع به فيستحق الأجر بحسابه، وإنما لم يضمن لأنه هلك بعد التسليم لأنه يصير مسلماً بالإخراج على ما ذكرنا وهذا بالإجماع، ولو احترق في التنور قبل الإخراج قال في النهاية: يضمن لأنه جناية يده، وإن كان الخباز يخبز في منزل نفسه لا يستحق بالإخراج من التنور المطالبة به لأنه لا يصير الخبز بمجرد الإخراج مسلماً إلى صاحبه

يهلك من صنعه، وأما عندهما فلأنه هلك بعد التسليم وإنما ذكر الخلاف القدوري في شرحه لمختصر الكرخي برواية ابن سماعةعن محمد قال: وإذا أخرجه من التنور فوضعه وهو يخبز في منزل المستأجر وقد فرغ فإن احترق من غير جنايته فله الأجر ولا ضمان عليه في قول أبي حنيفة لأنه فرغ من العمل وصار مسلّماً له بإخراجه من التنور لأنه في ملك المستأجر، وهلاك الشيء من غير عمل الأجير المشترك لا يتعلق به الضمان عنده، فأما قول من يضمن الأجير المشترك فإنه يضمن له دقيقاً مثل الدقيق الذي دفعه إليه ولا أجر له فإن شاء ضمنه قيمة الخبز مخبوزاً وأعطاه الأجر وذلك لأن قبض الأجير المشترك عندهما مضمون فلا يبرأ منه بوضعه في منزل مالكه، كما لا يبرأ من ضمان المغصوب بذلك فإذا وجب عليه الضمان صار صاحب الدقيق بالخيار إن شاء ضمنه دقيقاً وأسقط الأجر لأنه لم يسلم له العمل، وإن شاء ضمنه خبزاً فصار العمل مسلّماً له فوجبت عليه الأجرة. قال: ولا أضمنه الحطب والملح لأنه صار مستهلكاً قبل وجوب الضمان فوجب عليه الضمان ولا قيمة له اهـ **قوله: (ولو احترق قبل أن يخرجه)** قال الإتقاني: وإنما قيد بعدم الضمان في صورة الاحتراق بعد الإخراج من التنور لأنه إذا احترق قبل الإخراج فعليه الضمان في قول أصحابنا جميعاً، ألا ترى إلى ما قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في باب من استأجر أجيراً ليعمل في بيته: وإن احترق الخبز في التنور قبل أن يخرجه فإن أبا حنيفة قال في هذا هو ضامن، لأنه مما جنته يداه بتقصيره بالقلع من التنور فإن ضمنه قيمته مخبوزاً أعطاه الأجر، وإن ضمنه دقيقاً لم يكن له أجر لأنه إذا ضمنه قيمته مخبوزاً فقد وصل العمل إليه معنى لوصول قيمته إليه فكان له الأجر، وإذا ضمنه قيمة دقيقة لم يصل العمل إليه لا صورة ولا معنى فلم يستحق الأجر وهذا قول أبي يوسف ومحمد إلى هنا لفظه في شرح الكافي اهـ **قوله: (فاحترق لا يستحق الأجر)** في المبسوط وهو ضامن اهـ **قوله: (على ما ذكره الجماعة)** أي خلافاً لصاحب الهداية على ما تقدّم في الصفحة الماضية من الشرح اهـ **قوله:**

لأن المنزل ليس في يده **فلا بد من التسليم الحقيقي**، بخلاف ما إذا خبز في منزل المستأجر على ما ذكرنا، **ولو هلك هنا** قبل التسليم إلى صاحبه لا يستحق الأجر لعدم التسليم الحقيقي ولا يجب عليه الضمان عند أبي حنيفة رحمه الله. وعندهما يجب الضمان لأن المتاع عنده في يد الأجير المشترك أمانة. وعندهما مضمون ثم إذا صار ضامناً فالمالك بالخيار إن شاء ضمنه دقيقاً مثل دقيقه ولا أجر له، وإن شاء ضمنه قيمة الخبز وأعطاه الأجر ولا يجب عليه ضمان الحطب والملح لأن ذلك صار مستهلكاً قبل وجوب الضمان عليه وحين ما وجب الضمان كان رماداً.

قال رحمه الله: (**وللطباخ بعد الغرف**) أي للطباخ أن يطلب الأجرة بعدما غرف الطبيخ لأن الغرف عليه **هذا إذا كان يطبخ للوليمة**، وإن كان يطبخ قدراً خاصة لأهل البيت فليس عليه الغرف لأن العادة لم تجر به. والمعتبر هو العادة في موضع لا نص فيه.

قال رحمه الله: (وللبان بعد الإقامة) أي إذا استأجره ليضرب له لبناً في أرضه استحق الأجر إذا أقامه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا: لا يستحق حتى يشرّجه، لأن التشريج من تمام عمله لأنه لا يؤمن عليه من الفساد قبله فصار التشريج كإخراج الخبز من التنور، ولأنه هو الذي يتولاه عادة والمعتاد كالمشروط وقولهما استحسان لأبي حنيفة رحمه الله وهو القياس **أن العمل قد تم بالإقامة والانتفاع به ممكن**

(**فلا بد من التسليم الحقيقي**) أي ليخرج من ضمانه اهـ **قوله**: (**ولو هلك هنا**) أي في منزل نفسه اهـ **قوله في المتن**: (**وللطباخ بعد الغرف**) أراد بالغرف وضع الطعام في القصاع اهـ **قوله**: (**هذا إذا كان يطبخ للوليمة**) قال الإتقاني: والوليمة طعام العرس والوكيرة طعام البناء والخرس طعام الولادة وما تطعمه النفساء نفسها خرسة، وطعام الختان إعذار وطعام القادم من سفره نقيعة وكل طعام صنع لدعوة مأدبة ومأدبة جميعاً. ويقال: فلان يدعو النقري إذا خص وفلان يدعو الجفلى أو الأجفلى إذا عم قاله القتبي وغيره. **قوله**: (**أن العمل قد تم بالإقامة**) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي رحمه الله في مختصره: وإذا استأجره ليضرب له لبناً في ملكه أو في شيء هو في يده فإنّ رب اللبن لا يكون قابضاً حتى يجف اللبن وينصبه في قول أبي حنيفة رحمه الله لا اختلاف عنه في ذلك، وعند أبي يوسف ومحمد حتى يشرجه فإن هلك اللبن قبل الحدّ الذي حدّه كل واحد منهم في قوله فلا آجر له، وإن كان بعده فله الأجر، وإن كان ذلك في غير يده ولا في ملكه لم يكن له الأجر حتى يسلمه منصوباً عند أبي حنيفة، ومشرجاً عند أبي يوسف ومحمد إلى هنا لفظ الكرخي. قال في شرح الطحاوي: والتسليم هو أن يخلي بين المستأجر وبين اللبن ولكن في أي وقت يصح التسليم عند أبي حنيفة إ[illegible] اقامه، وعندهما ما لم يشرجه لم يصح التسليم اهـ إتقاني. قوله

والتشريح عمل زائد عليه **كالنقل إلى موضع العمارة** بخلاف ما قبل الإقامة لأنه طين منتشر وبخلاف الخبز لأنه غير منتفع به قبل الإخراج. وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا فسد بالمطر ونحوه بعدما أقامه فعنده يجب الأجر. وعندهما لا يجب إذا هلك قبل التشريح هذا إذا لبن في أرض المستأجر لأنه يصير مسلّماً إليه بالإقامة أو بالتشريح على اختلاف الأصلين. وإن لبن الأجير في أرض نفسه لا يستحق حتى يسلمه وذلك بالعدّ بعد الإقامة عنده. وعندهما بالعدّ بعد التشريح وقد ذكرنا نظيره في الخبز.

قال رحمه اللّه: (**ومن لعمله أثر في العين** كالصباغ والقصار يحبسها للأجر) أي يحبس العين للأجر حتى يستوفيه لأن المعقود عليه وصف في المحل فكان له حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع. وذكر في النهاية/ أن القصّار إذا ظهر عمله [٩١ أ/٣] باستعمال النشا كان له حق الحبس، وإن لم يكن لعمله إلا إزالة الدرن اختلفوا فيه **والأصح أن له حق الحبس** على كل حال، لأن البياض كان مستتراً وقد ظهر بفعله بعد أن كان هالكاً بالاستتار فصار كأنه أحدثه فيه بالإظهار وعزاه إلى شرح الجامع الصغير لقاضيخان. وقال زفر رحمه اللّه: ليس له أن يحبس العين فيما لعمله أثر لأن المعقود

ما لم يشرجه وتشريح اللبن تنضيده وضم بعضه إلى بعض اهـ إتقاني. **قوله**: (**والانتفاع به ممكن إلخ**) ألا ترى أنه يؤخذ من ذلك المكان فيبنى به فصار كالخبز بعد الإخراج اهـ غاية. **قوله**: (**كالنقل إلى موضع العمارة**) أي فإنه غير واجب عليه اهـ قال الإتقاني: وقولهما لا يؤمن عليه الفساد ضعيف لأن العين صارت منتفعاً بها فلا يعتبر بالطارئ بعد ذلك من أسباب الفساد كما بعد التشريح اهـ **قوله في المتن**: (**ومن لعمله أثر في العين إلخ**) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره: ولجميع من ذكرنا يعني من الصباغ والخياط والقصار والصائغ والنجار والإسكاف وسائر الصناع أن يحبسوا ما في أيديهم مما لهم العمل فيه أو مما عملوا حتى يقبضوا لأجر، وليس للمستأجر قبض ذلك حتى يدفع الأجر بمنزلة المبيع يحبسه البائع حتى يستوفي الثمن وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد والحسن بن زياد، وأما الحمال والجمال والملاح يسيتأجر على حمل شيء فليس لهم حبس ما حملوه لأنه لا عمل لهم فيه قائم ولا تأثير. وقال محمد: فإن حبس الحمال المتاع في يده فهو غاصب، وقال أبو يوسف في الحمال يطلب أجرة بعد ما بلغ المنزل قبل أن يضعه فليس له ذلك إلى هنا لفظ الكرخي اهـ إتقاني. **قوله**: (**والأصح أن له حق الحبس إلخ**) قال فخر الدين قاضيخان: وأما القصار إذا قصر الثوب هل له حق الحبس لاستيفاء الأجرة؟ قالوا: إن ظهر أثر عمله في الثوب باستعمال النشاستجه أو بالدق كان له حق الحبس، وإن لم يكن عمله إلا الغسل لا يكون له حق الحبس لأن البياض كان موجوداً في الثوب، ومنهم من قال: له حق الحبس على كل حال وهو الصحيح لأن البياض وإن كان موجوداً في الثوب إلا أنه كان

عليه صار مسلماً إلى صاحب العين باتصاله بملكه فسقط حق الحبس به لأن الاتصال بملكه بإذنه فصار كالقبض بيده، ألا ترى أنه لو أمر شخصاً بأن يزرع له أرضه حنطة من عنده قرضاً فزرعها المأمور صار قابضاً باتصاله بملكه وصار كما إذا صبغ في بيت المستأجر. قلنا: اتصال العمل بالمحل ضرورة إقامة العمل فلم يكن راضياً بهذا الاتصال من حيث إنه تسليم بل رضاه في تحقيق عمل الصبغ ونحوه من الأثر في المحل إذْ لا وجود للعمل إلا به فكان مضطراً إليه. والرضا لا يثبت مع الاضطرار كصاحب العلو إذا بنى السفل لا يكون متبرعاً راضياً به لأنه مضطرا إليه، وليس هذا كصبغه في بيت المستأجر لأن العين فيه في يد المستأجر لقيام يده على المنزل ويمكن العامل أن يتحرز عنه بأن يعمل في منزل نفسه فلم يكن مضطراً إليه فيكون راضياً بالتسليم مع إمكان التحرز عنه فيبطل حقه في الحبس، نظيره إذا سلم المبيع برضاه ليس له أن يستردّه ونظير الأول إذا قبضه المشتري بغير رضاه كان للبائع أن يستردّه. ونظير هذا الخلاف الوكيل بالشراء إذا نقد الثمن من عنده كان له أن يحبس المبيع عن الموكل حتى يوفي الثمن لأنه مضطر في نقده من عنده، وعند زفر ليس له أن يحبس لأن يد الوكيل يد الموكل فكان في يده بقبض الوكيل. قلنا: إنه مضطر في هذا القبض فلا يمكن التحرز عنه إذ لا يقدر أن يقبض المبيع على وجه لا يقع في يد الموكل فلا يسقط حقه في الحبس بذلك.

قال رحمه اللّه: (وإن حبس فضاع فلا ضمان ولا أجر) لأن العين أمانة في يده على ما نبين وله أنه يحبسها بالأجرة شرعاً فلا يكون به متعدّياً فلا يجب عليه الضمان به ولا يجب له الأجر، لأن المعقود عليه هلك قبل التسليم وذلك يوجب سقوط البدل كالمبيع إذا هلك قبل القبض وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه، وعندهما يضمن العين لأنها كانت مضمونة عليه قبل الحبس عندهما فلا يسقط ذلك بالحبس ثم لصاحب العين الخيار إن شاء ضمنه قيمة العين غير معمولة ولا أجر له لأن العمل لم يصر مسلّماً إليه، وإن شاء ضمّنه قيمتها معمولة وعليه الأجر لأن المبيع وهو العمل صار مسلّماً إليه بتسليم بدله إليه.

قال رحمه اللّه: (ومن لا أثر لعمله **كالحمال** والملاح لا يحبس للأجر) لأن المعقود عليه نفس العمل وهو عرض يفني ولا يتصوّر بقاؤه ولا له أثر يقوم مقامه فلا

مستوراً وقد ظهر بعمله فكان له حق الحبس كذا ذكر في شرح الجامع الصغير وهذا إذ كان عمله في دكانه. أما إذا خاط الخياط أو صبغ الصباغ في بيت المستأجر فليس له حق الحبس كذا في خلاصة الفتاوي اهـ إتقاني. **قوله في المتن:** (**ومن لا أثر لعمله كالحمال**) يروى قوله كالحمال بالحاء والجيم جميعاً والحكم فيهما واحد ولهذا ذكرهما الكرخي جميعاً في

يتصوّر حبسه بخلاف رادّ الآبق فإنه يحبسه على الجُعل، وإن لم يكن لعمله أثر لأنه كان على شرف الهلاك فأحياه بالردّ فكأنه باعه من مولاه فكان له حق الحبس. واختلفوا في غسل الثوب حسب اختلافهم في القصارة بلا نشا وقد بيناه من قبل.

قال رحمه اللّه: **(ولا يستعمل غيره إن شرط عمله بنفسه)** أي ليس للأجير أن يستعمل غيره إذا شرط عليه أن يعمل بنفسه لأن المعقود عليه العمل من محلٍ معين فلا يقوم غيره مقامه، كما إذا كان المعقود عليه/ المنفعة بأن استأجر رجلاً شهراً [٩١ ب/٣] للخدمة لا يقوم غيره مقامه في الخدمة ولا يستحق به الأجر لأنه استيفاء للمنفعة بلا عقد لتعين المعقود عليه لذلك.

قال رحمه اللّه: **(وإن أطلق كان له أن يستأجر غيره)** لأن الواجب عليه عمل في ذمته ويمكنه الإيفاء بنفسه وبالاستعانة بغيره كالمأمور بقضاء الدين.

قال رحمه اللّه: (وإن استأجره ليجيء بعياله فمات بعضهم فجاء بما بقي فله أجره بحسابه) لأنه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق الأجر بحسابه. قال الفقير أبو جعفر الهندواني رحمه اللّه: هذا إذا كان عياله معلومين حتى يكون الأجر مقابلاً بجملتهم، وإن كانوا غير معلومين يجب الأجر كله. وفي النهاية عن الفضلي أنه إذا استأجر في المصر ليحمل الحنطة من القرية فذهب فلم يجد الحنطة فعاد إن كان قال: استأجرت منك من المصر حتى أحمل الحنطة من القرية يجب نصف الأجر بالذهاب، وإن قال: استأجرت منك حتى أحمل من القرية لا يجب شيء لأن الإجارة كانت بشرط الحمل لا غير، وفي الأولى كان العقد على شيئين على الذهاب إلى ذلك الموضع والحمل منه إلى هاهنا، وقد ذهب إليه فاستوفى بعض المعقود عليه فيجب الأجر بحصته وعزاه إلى الذخيرة. وروى هشام عن محمد رحمه اللّه مثله في السفينة ذكره في المحيط.

قال رحمه اللّه: **(ولا أجر لحامل الكتاب** للجواب **ولا لحامل الطعام** إن ردّه

مختصره وقد مر آنفاً. والأولى أن يُروى هنا بالحاء لأن الحمل يجوز أن يقع على الظهر وعلى الدابة فيكون أعم من لفظ الجمال بالجيم فكان أولى اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (ولا يستعمل غيره إن شرط عمله بنفسه)** ونقل عن الإمام حميد الدين الضرير أن صورة المسألة فيما إذا قال للخياط مثلاً: على أن تعمل بنفسك أو بيدك، أما إذا قال: على أن تعمل فهو مطلق اهـ غاية. **قوله في المتن: (وإن أطلق كان له أن يستأجر غيره)** لأن المطلق ينصرف إلى المعتاد والمتعارف فيما لم يشترط والصناع يعملون في العادات بأنفسهم وبأجرائهم فكان له أن يعمل بنفسه وأجيره وهذا لأن المعقود عليه مطلق العمل في الذمة، وذلك موجود في فعله وفعل غيره فيجوز أن يوفيه باستعانة غيره كما في إيفاء الدين اهـ إتقاني. **قوله في**

للموت) معناه: إن استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بمكة مثلاً أو ليذهب بكتابه إليه ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلاناً ميتاً فردّه فلا أجر له لأنه نقض تسليم المعقود عليه بالردّ فصار كأنه لم يفعل فلا يستحق الأجر. وقال زفر رحمه اللّه: له الأجر في الطعام لأن الأجر بمقابلة حمل الطعام إلى مكة وقد وفى بالمشروط فاستحق الأجرة عليه ثم هو بردّه جان فلا يسقط حقه به في الأجر بخلاف نقل الكتاب لأن الأجر فيه لا يقابل الحمل لأنه لا مؤنة له. وقال محمد رحمه اللّه: له الأجر للذهاب في نقل الكتاب لأنه

المتن: (ولا أجر لحامل الكتاب إلخ) هذه من سائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل استأجر رجلاً ليذهب بكتابه إلى البصرة إلى فلان ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلاناً قد مات فردّ الكتاب قال: لا أجر له، وقال محمد: له الأجر في الذهاب إلى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير ولم يذكر محمد قول أبي يوسف. وقال في الحصر والمختلف: ذكر أبو الليث قول أبي يوسف مع محمد وغيره مع أبي حنيفة وذكر القدوري في كتاب التقريب وفخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وقال فخر الدين قاضيخان في شرح الجامع الصغير واختلف المشايخ في قول أبي يوسف والأصح أن قوله كقول أبي حنيفة رضي اللّه عنه وأجمعوا أنه لو ترك الكتاب ثمة ولم يردّ إلى المرسل يستحق أجر الذهاب، وأجمعوا أنه لو ذهب إلى البصرة ولم يحمل الكتاب لا يستحق الأجرة، وأجمعوا أنه لو استأجر رسولاً ليبلغ الرسالة إلى فلان بالبصرة فذهب ولم يجد فلاناً يستحق الأجر إلى هنا لفظ قاضيخان. والأصل هنا أن المعقود عليه إذا انتقض بطل الأجر بالاتفاق ولكن الخلاف في أن الأجر مقابل بإيصال الكتاب إلى المكتوب إليه أم مقابل بحمل الكتاب وقطع المسافة فقال محمد: إنه مقابل بقطع المسافة بالكتاب لا بحمل الكتاب وجوابه إلى الكاتب لأن حمله يسير لا يقابل به البدل غالباً لخفة مؤنته، ثم قطع المسافة وقع في الذهاب للمستأجر فوجب أجر الذهاب ولم يقع قطعها في العود للمستأجر فلم يجب أجره وذلك لأنه أوفى بعض المعقود عليه دون البعض فوجب الأجر بحساب ذلك كما لو استأجره على حمل طعام إلى البصرة فحمل بعضه، ووجه قولهما أن المقصود من الاستئجار على حمل كتاب إلى فلان بالبصرة هو إيصال الكتاب إليه لا حمله، وإنما الحمل وسيلة إليه والأجر يقابل بما هو المقصود من العقد دون الوسيلة فإذا ردّ الكتاب ولم يوصله إلى المكتوب إليه فقد أبطل عمل قبل التسليم فلا يستحق، كما لو استأجر خياطاً ليخيط له ثوباً فخاطه ثم فتقه لا يجب له الأجر لأنه نقض عمله فكذا هنا فصار كمن استؤجر لحمل طعام إلى فلان بالبصرة فحمله ثم ردّه إلى بغداد فلا أجر له فأشبه ما إذا كان المكتوب له حياً ولم يوصله إليه، بخلاف ما إذا ترك الكتاب ثمة حيث يجب له أجر الذهاب إذ لم ينقض عمله بل أتى بما في وسعه وإمكانه اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (ولا لحامل الطعام)** هذه المسألة متفق عليها بخلاف التي قبلها.

أوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة لأن الأجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته بخلاف حمل الطعام لأن الأجر فيه مقابل بالحمل دون قطع المسافة لأن في حمل الطعام مؤنة. قلنا: الأجر مقابل بالنقل فيهما لأنه وسيلة إلى المقصود وهو وضع الطعام هناك وعلم ما في الكتاب فإذا ردّه فقد نقض المعقود عليه فلا يستحق الأجر كما إذا نقض الخياط الخياطة بعد الفراغ، ولو وجده غائباً فهو كما لو وجده ميتاً لتعذر الوصول إليه. ولو ترك الكتاب هناك ليوصل إليه أو إلى ورثته فله الأجر في الذهاب لأنه أتى بأقصى ما في وسعه. وقال في المحيط بعدما ذكر هذه المسألة: **وكذا لو استأجر رسولاً** ليبلغ رسالته إلى فلان ببغداد فلم يجد فلاناً وعاد فله الأجر لأن الأجر بقطع المسافة لأنه في وسعه. وأما الإسماع فليس في وسعه فلا يقابله الأجر والله سبحانه وتعالى أعلم.

باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافاً فيها

قال رحمه الله: (صح إجارة الدور والحوانيت بلا بيان ما يعمل فيها) والقياس أن لا يجوز حتى يبين ما يعمل فيها لأن الدار تصلح للسكنى **ولغيرها**، وكذا الحوانيت تصلح لأشياء مختلفة فينبغي أن لا تجوز ما لم يبين ما يعمل فيها، كاستئجار الأرض للزراعة والثياب للبس. وجه الاستحسان أن العمل المتعارف فيها السكنى ولهذا تسمى مسكناً فينصرف إليها لأن المتعارف كالمشروط ولأنها لا تختلف / باختلاف [٩٢ أ/٣] العامل والعمل فجاز إجارتها مطلقاً بخلاف الأرض والثياب فإنهما يختلفان باختلاف المزروع واللابس فلا بد من البيان.

قال رحمه الله: (وله أن يعمل فيها كل شيء) لما ذكرنا أنها لا تختلف باختلاف العامل والعمل فجاز له أن يعمل فيها ما شاء عند الإطلاق وله أن يسكن غيره معه أو منفرداً، لأن كثرة السكان لا تضر بها بل تزيد في عمارتها لأن خراب

قال الإتقاني: وهذه أي مسألة حمل الطعام في قول علمائنا الثلاثة. **قوله: (وكذا لو استأجر رسولاً إلخ)** قال الإتقاني: ولو استأجره ليبلغ رسالته إلى فلان بالبصرة فذهب الرجل فلم يجد المرسل إليه أو وجده لكن لم يبلغ الرسالة فرجع فله الأجر، والفرق بين الرسالة والكتاب أن الرسالة قد تكون سراً لا يرضى المرسل بأن يطلع عليه غيره، أم الكتاب فمختوم يعني لو ترك الكتاب مختوماً لا يطلع عليه غيره، قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: لا نسلم فصل الرسالة هو والكتاب سواء، فأما في الطعام إذا رجع بالطعام وهلك في الطريق لا يضمن عند أصحابنا الثلاثة كذا في الخلاصة اهـ

المسكن بترك السكن. وله أن يضع فيها ما بدا له حتى الحيوان لأنه من تمام السكنى وله أن يعمل فيها ما بدا له من العمل كالوضوء والاغتسال وغسل الثياب **وكسر الحطب** لأن ذلك كله من توابع السكنى وبه تتم السكنى. وذكر في النهاية: أنه لا يدخل الدواب في عرفنا لأن المنازل ببخارى تضيق عن سكنى الناس فكيف تتسع لإدخال الدواب **وإنما هذا الجواب بناء على عرفهم** في الكوفة.

قال رحمه اللّه: (إلا أنه لا يسكن حدّاداً أو قصاراً أو طحاناً) لأن في نصب الرحا واستعمالها في هذه الأشياء ضرراً ظاهراً لأنه توهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة. والمراد بالرحا رحا الماء أو رحا الثور، وأما رحا اليد فلا يمنع من النصب فيها لأن هذا لا يضر بالبناء وهو من توابع السكنى عادة **فلا بدّ منه**، وعلى هذا له تكسير الحطب المعتاد للطبخ ونحوه لأنه لا يوهن البناء، وإن زاد على العادة بحيث يوهن البناء فليس له ذلك إلا برضا صاحب الدار. وعلى هذا ينبغي أن يكون الدق على هذا التفضيل فإنّ القليل منه لا يستغني عنه وقد جرت العادة بأن يدق أهل كل دار ثيابهم في منازلهم ولا يوهن ذلك القدر منه البناء فحاصله أن كل ما يوهن البناء أو فيه ضرر

باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيه

قوله: (**ولغيرها**) أي كوضع الأمتعة اهـ **قوله**: (**وكسر الحطب**) سيأتي بعد أسطر اهـ **قوله**: (**وإنما هذا الجواب بناء على عرفهم إلخ**) قال الإتقاني: فإن كان في الدار موضع معدّ لربط الدواب كان له ذلك وإلا فلا لأنه يؤدّي إلى إفساد الدار، إذْ ربْط الدواب في موضع السكنى إفساد اهـ **قوله في المتن**: (**يسكن**) بفتح الياء من الثلاثي المجرّد فيكون على هذا انتصاب قوله: حدّاداً أو قصاراً أو طحاناً على الحال ويفهم على هذا التقدير عدم إسكانه غيره بطريق الدلالة، ويجوز بضم الياء وكسر الكاف وانتصاب كل منها على أنه مفعول به فعلى هذا التقدير يفهم عدم سكناه بنفسه بطريق الإشارة، لأنه إنما لم يجز أن يسكن غيره لأنه يوهن البناء وفي سكنى نفسه ملتبساً بهذه الأشياء هذا المعنى حاصل فكان في منعه عن إسكانه غيره إشارة إلى منعه عن سكناه واللّه أعلم، وإنما قلنا: أن الأوّل دلالة لأنه لما لم يملك السكنى بنفسه فلأن لا يملكها غيره بالطريق الأولى. قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: وإذا استأجر بيتاً على أن يقعد فيه قصاراً فأراد أن يقعد فيه حدّاداً فله ذلك إن كان مضرتهما واحدة أو مضرة الحدّاد أقل لأنه لا يلحقه منه ضرر زائد فكان له ذلك، وإن كان أكثر مضرة لم يكن له ذلك لتحقق الضرر وكذلك الرحى، والمسلم والحربي والمستأمن والحر والمملوك التاجر والمكاتب كلهم سواء في الإجارة، لأنه عقد يتوصل به إلى إقامة المصالح الدنياوية وكل واحد من هؤلاء يملك إقامة مصالح دنياه، ولأنه نوع تجارة وكل واحد منهم يملك التجارة اهـ إتقاني رحمه اللّه. **قوله**: (**فلا بدّ منه**) وفي

ليس له أن يعمل فيها إلا بإذن صاحبها وكل ما لا ضرر فيه جاز له بمطلق العقد واستحقه به. ولو أقعد الحدّاد وانهدم البناء بعمله وجب عليه الضمان أنه متعدّ فيه ولا أجر عليه **لأن الضمان والأجر لا يجتمعان**. وإن لم ينهدم وجب عليه الأجر استحساناً، والقياس أن لا يجب لأن هذا العمل غير داخل تحت العقد والحال فيه قبل العقد وبعده سواء. وجه الاستحسان أن المعقود عليه هو السكنى وفي الحدادة وأخواتها السكنى وزيادة فيكون مستوفياً للمعقود عليه فيجب عليه الأجر بشرط السلامة وهو نظير ما لو استأجر دابة ليحمل عليه عشرة مخاتيم فحمل عليها أحد عشر وسلمت الدابة فإنه يجب عليه الأجر كذا هذا. **ولو اختلف المؤجر والمستأجر في اشتراط ذلك** كان القول للمؤجر لأنه لو أنكر الإجارة كان القول له فكذا إذا أنكر نوعاً من الانتفاع. ولو أقاما البينة كانت بينة المستأجر أولى لأنها تثبت الزيادة.

قال رحمه اللّه: (والأراضي للزراعة إن بيّن ما يزرع فيها أو قال: على أن يزرع فيها ما شاء) لأن منفعة الأرض مقصودة وقد جرت العادة باستئجارها للزراعة من غير نكير فانعقد الإجماع عليها عملاً غير أن ما يزرع فيها متفاوت فمنه ما يفسد الأرض ومنه ما يصلحها فلا بدّ من بيانها، **أو يقول: على أن يزرع** فيها ما شاء كي لا يفضي إلى المنازعة ولو لم يبين ما يزرع فيها، ولم يقل: على أن يزرعها ما شاء فسدت الإجارة

الذخيرة: ورحى اليد إذا كان يضر بالبناء يمنع عنه وإلا لا هكذا اختاره الحلواني وعليه الفتوى اهـ كاكي. **قوله: (لأن الضمان والأجر لا يجتمعان)** وإنما كان كذلك لأنا جعلنا فعله إتلافاً من الابتداء والإتلاف لا يقابل بالأجر اهـ إتقاني. **قوله: (ولو اختلف المؤجر والمستأجر في اشتراط ذلك)** أي فقال المستأجر: استأجرتها للحدادة والأجر يقول للسكنى دون الحدادة اهـ **قوله: (أو يقول: على أن يزرع إلخ)** أما إذا قال: على أن يزرع فيها ما شاء جاز العقد بلا بيان النوع لأن عدم الجواز كان لدفع الضرر فإذا رضي صاحب الأرض بذلك جاز لأن المنفعة في جميعه معلومة، ثم لما جاز استئجار الأرض للزراعة وصح دخل الشرب والطريق لأن الإجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع بالأرض إذا لم يدخل الشرب والطريق فيدخلان ليتحقق الانتفاع، بخلاف ما إذا باع الأرض أو البيت حيث لا يدخل الطريق والشرب إلا أن يقول بكل حق هو له أو بمرافقه أو يقول بكل قليل وكثير هو فيه أو منه، وهذا لأن المقصود من البيع هو تملك الرقبة لا الانتفاع بعينها ولهذا يجوز بيع الجحش الذي لا ينتفع به في الحال ويجوز بيع الأرض السبخة ولا يجوز إجارتهما لعدم الانتفاع وقد مر بيانه في باب الحقوق، وهو المراد من قوله وقد مر في البيوع. قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير: وكان الفقيه أبو جعفر يقول إذا كانت الإجارة في بلدنا فالشرب لا يدخل في الإجارة بغير شرط، لأن الناس يتمولون بالماء على الانفراد فلا يجوز أن يدخل فيها إلا بالشرط. وقال الإمام الإسبيجابي

للجهالة. **ولو زرعها بعد ذلك** لا تعود صحيحة في القياس كما إذا اشترى بخمر أو خنزير. وفي الاستحسان يجب المسمى **وينقلب العقد صحيحاً** لأن المعقود/ عليه [٩٢ ب/٣] صار معلوماً بالاستعمال لأن الإجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع، والفساد كان لأجل الجهالة فإذا ارتفعت في وقت الزراعة كفى وصار كأنّ الجهالة لم تكن فعادت صحيحة ولهذا لو استأجر ثوباً ولم يبين اللابس ثم ألبس شخصاً عادت صحيحة لما ذكرنا وللمستأجر الشرب والطريق لأن الإجارة تنعقد للانتفاع ولا انتفاع إلا بهما بخلاف البيع، لأن المقصود منه ملك الرقبة دون الانتفاع في الحال ولهذا جاز بيع الجحش والأرض السبخة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق على ما مر في البيوع.

قال رحمه اللّه: (وللبناء والغرس) أي: جاز استئجار الأرض للبناء ولغرس الأشجار لأنها منفعة معلومة تقصد بعقد الإجارة عادة فتصح كما لو استأجرها للزراعة.

قال رحمه اللّه: (فإن مضت المدّة قلعهما وسلمهما فارغة) أي: إذا مضت مدّة الإجارة قلع البناء والغرس وسلم الأرض إلى المؤجر فارغة لأنه يجب عليه تسليمها إلى صاحبها غير مشغولة ببنائه وغرسه وذلك بقلعهما في الحال لأنهما ليس لهما حالة منتظرة ينتهيان إليها، وفي تركهما على الدوام بأجر أو بغير أجر يتضرر صاحب الأرض فيتعين القلع في الحال بخلاف ما إذا استأجرها للزراعة فانقضت مدّة الإجارة والزرع لم يدرك حيث يترك الزرع على حاله إلى أن يستحصد بأجر المثل لأن له نهاية معلومة فأمكن رعاية الجانبين فيه. وبخلاف ما إذا مات أحد المتعاقدين في المدّة والزرع لم يدرك حيث يترك بالمسمى على حاله إلى أن يستحصد الزرع وإن بطلت الإجارة به لأن للزرع نهاية على ما بينا فإذا وجب تركه لدفع الضرر كان تركه بالمسمى وإبقاؤه على ما كان أولى إذ لا فائدة في نقض العقد وإعادته على ما كان بخلاف ما إذا غصب أرضاً وزرعها حيث يؤمر بالقلع، وإن كان له نهاية لأن ابتداء فعله

في شرح الطحاوي: ومن استأجر حانوتاً ولم يسم ما يعمل فيه فله أن يعمل فيه ما بدا له. **قوله: (ولو زرعها بعد ذلك)** يعني: نوعاً من الأنوع ومضت المدة ففي القياس يجب أجر المثل لأنه استوفى أجر المثل بحكم عقد فاسد فلا ينقلب إلى الجواز اهـ كاكي. **قوله: (وينقلب العقد صحيحاً)** أي: لأن المعقود عليه صار معلوماً بالاستعمال لما أن الإجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والفساد كان لأجل الجهالة، فإذا ارتفعت كان الارتفاع في هذه الحالة كالارتفاع وقت العقد فيعود جائزاً، وكذا لو استأجر ثوباً للبس ولم يعين اللابس لا يجوز لتفاوت الناس في اللبس، فإن عين اللابس بعد ذلك يجوز استحساناً

وقع ظلماً والظلم يجب إعدامه لا تقريره والمستعير كالمستأجر حتى إذا رجع المعير قبل أن يستحصد الزرع يبقى بأجر [المثل](١) إلى أن يستحصد دفعاً للضرر عنهما ورعاية لحقهما، **والقياس أن يقلع** في الصور كلها لأن الأرض ملكه فلا تؤجر بغير إذنه كما في البناء والغرس. ووجه الاستحسان وهو الفرق بين البناء والغرس وبين الزرع قد بيناه.

قال رحمه الله: (إلا أن يغرم له المؤجر قيمته مقلوعاً ويتملكه) يعني: عند مضي المدّة يجب عليه قلع البناء والغرس على ما بيناه إلا أن يغرم له المؤجر قيمة البناء أو قيمة الغرس مقلوعاً هذا إذا كانت الأرض تنقص بالقلع لأن الواجب دفع الضرر عنهما، فإذا كانت أرضه تنقص بالقلع تضرر به فكان له دفع هذا الضرر بدفع القيمة إلى المستأجر وينفرد به لأن المستأجر لا يتضرر بذلك إذْ الكلام في مستحق القلع والقيمة تقوم مقامه، وإن كانت الأرض لا تنقص بالقلع وأراد أن يضمن له قيمته ويكون له بناء فليس له ذلك إلا برضا صاحبه لاستوائهما في ثبوت الملك وعدم ترجح أحدهما على الاخر فلا بدّ من اتفاقهما في الترك بخلاف القلع حيث ينفرد به أحدهما في هذه الحالة دون الآخر على ما بينا في العارية.

قال رحمه الله: (أو يرضى بتركه ويكون البناء والغرس لهذا والأرض لهذا) لأن الحق لرب الأرض فإذا رضي باستمراره على ما كان بأجر أو بغير أجر كان له ذلك / . [٩٣/أ/٣]

قال رحمه الله: (والرطبة كالشجر) لأن الرطبة لا نهاية لها كالشجر فتقلع عند انتهاء مدّة الإجارة كما يقلع الشجر.

قال رحمه الله: (والزرع يترك بأجر المثل إلى أن يدرك) أي يترك الزرع بأجر المثل إذا انقضت مدّة الإجارة قبل إدراكه لأن له نهاية معلومة وقد ذكرناه ونظائره والفرق بينه وبين البناء والغرس آنفاً.

قال رحمه الله: (والدابة للركوب والحمل والثوب للبس) يعني: يجوز

لما ذكرنا كذا في الذخيرة وجامع قاضيخان اهـ كاكي. **قوله: (والقياس أن يقلع إلخ)** وحاصل ذلك أن في حق البناء والغرس اتحد الجواب في الصور الثلاث وهي الإجارة والعارية والغصب حيث يجب عليهما القلع والتسليم فارغاً، وفي الزرع اختلف الجواب ففي الغصب يلزم القلع على الغاصب في الحال لأنه متعدّ في الزراعة، وفي الإجارة يترك إلى وقت الإدراك استحساناً بأجر المثل، وفي العارية المؤقتة وغير المؤقتة لا يأخذها صاحبها إلى أن يستحصد الزرع استحساناً لأنه كان متعدياً في الزراعة بجهة العارية ولإدراك الزرع نهاية معلومة فيترك قالوا:

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

استئجار هذه الأشياء لما ذكرنا لأن لها منافع معلومة ويعتاد استئجارها فجاز كسائر الأعيان المعهودة.

قال رحمه الله: **(وإن أطلق أركب وألبس من شاء)** أي: إن أطلق له الركوب أو اللبس جاز أن يركب الدابة ويلبس الثوب. والمراد بالإطلاق أن يقول: على أن يركبها من شاء أو يلبس الثوب من شاء لأنه يختلف باختلاف الراكب واللابس فلا يجوز إلا بالتعيين **أو بأن يشترط أن يفعل ما شاء** على نحو ما ذكرنا في الزراعة، إذ كل واحد منهما مختلف فلا فرق بينهما وهذا لأن الركوب والحمل واللبس يختلف كل واحد منها اختلافاً فاحشاً فلهذا لو عين له فيها وخالف يضمن إذا هلكت العين ولا أجر له كما في الزراعة، وذكر هذا المعنى في المبسوط وفي الذخيرة وشرح الطحاوي والمغني وذكر التأويل الذي ذكرناه في الكافي وفي الخلاصة، ولو لم يبين ولم يقل أن يفعل فيها ما يشاء فسدت الإجارة للجهالة فلو أركبها أو ركب بنفسه أو ألبس أو لبس

وينبغي أن يترك بأجر المثل كما في الإجارة نظراً للجانبين الكل من المبسوط اهـ كاكي.
قوله في المتن: (وإن أطلق أركب وألبس من شاء) اعلم أوّلاً أنه إذا استأجر دابة للركوب ولم يسم من يركبه لا تصح الإجراة، وكذا إذا استأجر ثوباً للبس ولم يبين من يلبسه، وكذا إذا استأجر قِدْراً للطبخ ولم يسم ما يطبخ فيها، وكذا إذا استأجر أرضاً للزراعة ولم يسم ما يزرع فيها وقد روينا ذلك عن شرح الطحاوي عند قوله:ويجوز استئجار الأرض للزراعة فبعد ذلك إن قال قائل: كيف قال القدوري هنا فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء، قلت: المراد من الإطلاق التعميم في الإجارة بدون التقييد بركوب شخص بأن قال: آجرتكها على أن تركب من شئت ولهذا قال في شرح الأقطع وهذ الذي ذكره إنما يريد به إذا وقع العقد على أن يركب من شاء وذلك لأنه إذا أطلق الركوب فعقد الإجارة فاسد لأن الركوب يختلف اختلافاً كثيراً فصار الركوبان من شخصين كالجنسين فيكون المعقود عليه مجهولاً فلا يصح العقد. فإن قال: تركب من شئت صح العقد وإن لم يسم شخصاً بعينه لأنا إنما منعنا من صحته لما لحق المالك الضرر الذي يحصل في بعض الركوب فإذا رضي به صار المعقود عليه معلوماً فجاز كما في الأرض إذا قال: على أن يزرع فيها ما شاء ثم إذا فسدت الإجارة في إطلاق الركوب واستعملها قبل الفسخ يتعين أوّل الراكب وكذا في الثوب ونحوه اهـ إتقاني. **قوله: (أو بأنْ يشترط أن يفعل ما شاء إلخ)** ولو استأجر قميصاً ليلبسه إلى الليل فوضعه في منزله حتى جاء الليل فعليه الأجر كاملاً لأن صاحبه مكنه من استيفاء المعقود عليه بتسليم الثوب إليه وما زاد على ذلك ليس في وسعه وليس له أن يلبسه بعد ذلك لأن العقد انتهى بمضي المدة والإذن في اللبس كان بحكم العقد اهـ بدائع. ومنها استأجرها ليركبها إلى موضع عينه فركبها إلى مكان آخر يضمن إذا هلكت، وإن كان الثاني

وجب عليه المسمى استحساناً. وفي القياس عليه أجر المثل **لأنه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد**. وجه الاستحسان أن المفسد وهو الجهالة التي تفضي إلى المنازعة قد زال فيزول الفساد لأنا نجعل التعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء، ولا ضمان عليه إذا هلكت العين لأنه غير متعدّ لعدم المخالفة سواء لبس بنفسه أو ألبس غيره بخلاف ما إذا عين له من يلبس ومن يركب فألبس أو أركب غيره حيث يضمن لأنه صار مخالفاً. ولو قال: على أن يركب أو يلبس من شاء فأركب غيره أو ركب بنفسه ليس له أن يركب أو يلبس غيره لأنه تعين مراداً من الأصل فصار كأنه نص عليه من الابتداء ذكره في الكافي.

قال رحمه اللّه: (وإن قيد براكب ولابس فخالف ضمن) لأن التقييد مفيد **لتفاوت الناس في الركوب** واللبس فيعتبر فإذا خالف صار متعدّياً **فيضمن**.

قال رحمه اللّه: (ومثله ما يختلف بالمستعمل) أي يضمن مثله في كل شيء يختلف باختلاف المستعمل إذا كان مقيداً وخالف لما ذكرنا من المعنى.

قال رحمه اللّه: (وفيما لا يختلف به بطل تقييده كما لو شرط سكنى واحد له أن يسكن غيره) يعني فيما لا يختلف باختلاف المستعمل كالدور للسكنى لا يعتبر تقييده حتى إذا شرط سكنى رجل بعينه في الدار له أن يسكن غيره لأن التقييد لا يفيد لعدم التفاوت، وما يضر بالبناء كالحدادة ونحوها خارج بدلالة العادة على ما مرّ، والفسطاط كالدار عند محمد رحمه اللّه لأنه للسكنى مثل الدار. **وعند أبي يوسف رحمه اللّه هو كاللبس** لاختلاف الناس في نصبه وضرب أوتاده واختيار مكانه.

أقرب من الأوّل، لأنه صار مخالفاً لاختلاف الطرق إلى المكان فكان بمنزلة اختلاف الجنس ولا أجرة عليه لما قلنا، ولو ركبها إلى ذلك المكان الذي عينه لكن من طريق آخر ينظر إن كان الناس يسلكون ذلك الطريق لم يضمن لأنه لم يصر مخالفاً، وإن كانوا لا يسلكونه يضمن إذا هلكت لأنه يصير مخالفاً غاصباً بسلوكه، وإن لم يهلك وبلغ الموضع المعلوم ثم رجع وسلم الدابة إلى صاحبها فعليه الأجر اهـ **قوله: (لأنه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد)** ووجوب المسمى باعتبار صحة التسمية ولا تصح التسمية مع فساد العقد اهـ **قوله: (لتفاوت الناس في الركوب)** أي: في العلم بالركوب فرب خفيف يكون ركوبه أضر على الدابة لجهله ورب ثقيل لا يضر ركوبه بالدابة لعلمه اهـ إتقاني. **قوله: (فيضمن)** أي: إذا عطب وإن سلم لم يجب الأجر أيضاً، وفي الحانوت ليس له أن يقعد فيه القصار والحدّاد والطحان ولو أقعد صار مخالفاً ويضمن قيمته إذا عطب وإن سلم تجب عليه الأجرة، لأنه لما سلم تبين أنه لم يخالف وأنه مما لا يوهن الدار ولا يشبه الدابة والثوب كذا في شرح الطحاوي اهـ إتقاني. قوله: وإن سلم تجب الأجرة أي استحساناً لا قياساً كما قرره الشارح

قال رحمه الله: (وإن سمى نوعاً وقدراً ككرّ بر له حمل مثله وأخف لا أضر كالملح) يعني: لو سمى نوعاً وقدراً يحمله على الدابة مثل كرّ من برّ فله أن يحمل عليها ما هو مثله وأخف منه في الضرر **كالشعير والسمسم**، وليس له أن يحمل عليها ما هو/ أضر منه كالملح لأنه إذا رضي بشيء يكون راضياً بكل ما هو مثله أو دونه [٩٣/ب/٣] دلالة دون ما هو أضرّ منه. والقياس أن يضمن بالحمل عليها خلاف الجنس كيفما كان، لأنه يتصرف بالأمر فليس له أن يخالف، ألا ترى أن الوكيل بالبيع بألف درهم لو باع بألف دينار لا ينفذ بيعه. وجه الاستحسان أن التقييد إنما يعتبر أن لو كان مفيداً ولا فائدة في هذه المسألة في التقييد بكر حنطة ومنع كر من شعير بل الشعير أخف منه فكان أولى بالجواز حتى لو سمى مقداراً من الحنطة فحمل عليها من الشعير مثل ذلك الوزن ضمن لأن للتقييد به فائدة، لأن الشعير يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما تأخذه الحنطة فصار كما لو حمل عليها مثل وزنه تبناً هكذا ذكره في النهاية وعزاه إلى المبسوط. ثم قال: ذكر شيخ الإسلام في مبسوطه أنه لا يضمن استحساناً، وقال: وهو الأصح أن ضرر الشعير في حق الدابة عند استوائهما وزناً أخف من ضرر الحنطة لأنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما تأخذه الحنطة فيكون أخف عليها بالانبساط. قال: وبه كان يفتي الصدر الشهيد. ولو حمل عليها مثل وزن الحنطة حديداً أو ملحاً أو آجرّاً يضمن لأنه يجتمع في مكان واحد من ظهرها فيضرها أكثر، وكذا إذا حمل عليها مثل وزن الحنطة قطناً يضمن لأنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر من الحنطة وفيه حرارة أيضاً **فكان أضرّ عليها** من الحنطة فصار كما إذا حمل عليها تبناً أو حطباً فحاصله أن الشيئين متى كان في كل واحد منهما ضرر فوق ضرر الآخر من وجه لا يستفاد من الإذن في أحدهما الإذن في الآخر، وإن كان هو أخف ضرراً من وجه آخر.

في الورقة الماضية والله الموفق اهـ **قوله: (وعند أبي يوسف هو كاللبس)** فلو استأجر فسطاطاً ودفعه إلى غيره إجارة أو إعارة فنصبه وسكن فيه فهلك ضمنه عنده اهـ **قوله: (كالشعير والسمسم)** قال بعضهم: فيه لف ونشر يرجع قوله: كالشعير إلى مثل الحنطة في الضرر ويرجع قوله والسمسم إلى قوله أقل وليس ذلك بشيء لأن الشعير ليس مثل الحنطة بل أخف منها، ولهذا لو شرط أن يحمل عليها مائة رطل من الشعير فحمل عليه مائة رطل من الحنطة ضمن إذا عطبت، فلو كان مثلاً لها لم يضمن كما لو شرط أن يحمل عليها حنطة زيد فحمل عليها حنطة عمرو بذلك الكيل لم يضمن بل قوله: كالشعير والسمسم جميعاً نظير قوله أقل، والأصل هنا ما ذكره القدوري في شرحه لمختصر الكرخي أن من استحق منفعة متعدّدة بالعقد فاستوفى تلك المنفعة أو مثلها أو أقل منها جاز، وإن استوفى أكثر منها لم يجز وذلك لأن التعيين في العقود يجب حكمه إذا كان له فيه فائدة، وإذا لم يكن له

قال رحمه الله: (**وإن عطبت بالأرداف ضمن النصف**) ولا معتبر بالثقل لأن الدابة قد يعقرها الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية، ولأن الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن **فتعلق الحكم بالعدد كالجناة في باب الجنايات** هذا

فيه فائدة سقط التعيين، ألا ترى أنه لو استأجرها ليحمل عليها قفيزاً من حنطة زيد فحمل عليها قفيزاً من حنطة عمرو وهما متساويان في الصفة جاز لأن الضرر على الدابة واحد، فإذا استأجرها ليحمل عليها حنطة فحمل عليها مكيلاً آخر ثقله كثقل الحنطة وضرره كضررها جاز لأنه استوفى مثل ما سماه، وكذلك لو استأجر أرضاً ليزرع فيها نوعاً سماه فزرع غيره وهما متساويان في الضرر بالأرض فإن استأجرها ليحمل عليها قفيزاً من حنطة فحمل عليه قفيزاً من شعير جاز، لأن الشعير أقل لخفته فقد استوفى أقل مما شرط وعلى هذا إذا استأجر أرضاً ليزرع فيها نوعاً فزرع نوعاً آخر ضرره أقل من المسمى، فإن استأجرها ليحمل عليها قفيزاً من شعير فحمل عليها قفيزاً من حنطة ضمن لأنه أكثر مما شرطه واستحقاق المنفعة استحقاق لما دونها وليس باستحقاق لما زاد عليها، وأما ما تختلف منفعته لا للثقل كمن استأجر دابة ليحمل عليها مائة مَنٍّ من قطن فحمل عليها مثل وزنه حديداً أو أقل ضمن لأن الضرر هاهنا ليس للثقل لكن للجنس، ألا ترى أن القطن ينبسط على ظهرها والحديد يجتمع في مكان واحد وعلى هذا إذا استأجرها ليركبها هو فركبها من هو مثله في الثقل أو أخف ضمن لأن اختلاف الركوب ليس هو بالثقل وإنما هو بالحذق في الركوب، ألا ترى أن ثقيل البدن الذي يحسن الركوب لا يضر بالدابة والخفيف الذي لا يحسن الركوب يضر بها كذا ذكر القدوري في شرحه اهـ إتقاني. **قوله**: (**فكان أضر عليها إلخ**) ولو خالف في القدر بأن قال: عشرة مخاتيم حنطة فحمل خمسة عشر مختوماً فهلك يضمن ثلث قيمتها لأنه في مقدار عشرة مخاتيم موافق لأنه حمل بالإذن وفيما زاد بغير الإذن فيعتبر الجزء بالكل ويتوزع الضمان على ذلك اهـ دراية. **قوله في المتن**: (**وإن عطبت بالأرداف ضمن النصف**) أي: سواء كان أخف أو أثقل اهـ إتقاني. فإن قيل: ينبغي أن يضمن كل القيمة لأنه كما لو استأجرها ليركبها بنفسه، وفي مثله لو أركب غيره يجب عليه ضمان كل القيمة وهاهنا وجد إركاب الغير مع ركوب نفسه فركوبه بنفسه إن لم يوجب عليه زيادة ضمان على ضمان الإركاب ينبغي أن لا يوجب نقصان ضمان منه. وكذا ينبغي أن لا يجب عليه الأجر لأن الأجر مع الضمان لا يجتمعان، وهاهنا يجب عليه نصف الضمان فينبغي أن لا يجب عليه نصف الأجر، قلنا: إنما ينتفي الأجر عند وجود الضمان إذا ملكه بالضمان بطريق الغصب لأنه لا أجر في ملكه، وهاهنا لم يملك بهذا الضمان شيء مما شغله بركوب نفسه وجميع المسمى بمقابلة ذلك، وإنما يضمن ما شغله غيره ولا أجر بمقابلة ذلك ليسقط عنه لما بينا أن الضرر في الدابة ليس من قبيل ثقل الراكب وخفته فلهذا توزع الضمان نصفين وهذا هو الجواب عما سأل بقوله، فإن قيل: قد تقرر عليه ضمان نصف القيمة وقد ملك نصف الدابة

إذا كانت الدابة بحيث تطيق حمل الإثنين، وإن كانت لا تطيق **ضمن جميع قيمتها ذكره في الكافي**. قالوا: هذا إذا كان الرديف يستمسك بنفسه، وأما إذا كان صغيراً لا يستمسك بنفسه يضمن بقدر ثقله. وقال في النهاية وقوله: عطبت بالأرداف تقييده به احتراز عما إذا حمله الراكب على عاتقه فإنه يضمن جميع القيمة لأن ثقل الراكب مع الذي حمله على عاتقه يجتمعان في مكان واحد فيكون أشق على الدابة ذكره في النهاية وقال: يضمن جميع القيمة وإن كانت الدابة تطيق حملهما. ثم ذكر في المختصر أنه يضمن نصف القيمة ولم يذكر كم يجب عليه من الأجر، قال في النهاية وفي المحيط: أنه يجب عليه جميع الأجرة **إذا هلكت بعدما بلغت مقصده** ونصف القيمة **ثم للمالك الخيار** إن شاء ضمن الرديف، **وإن شاء الراكب** فالراكب لا يرجع بما ضمن، **والرديف يرجع** إن كان مستأجراً **وإلا** فلا.

من حين ضمن فينبغي أن لا يلزمه نصف الأجر؟ والجواب عن قوله وفي مثله لو أركب غيره يجب ضمان كل القيمة أنه إذا أركب غيره فهو مخالف في الكل، وإذا ركبها بنفسه فهو موافق فيما شغله بنفسه مخالف فيما شغله بغيره اهـ دراية. **قوله**: **(لأن الدابة لا تتلف بالثقل)** بل بالجهل بالركوب اهـ غاية. **قوله**: **(فتعلق الحكم بالعدد)** أي عدد الراكب اهـ وكتب ما نصه إلا أن ركوب أحدهما مأذون فيه وركوب الآخر ليس بمأذون فيه فيضمن النصف اهـ إتقاني. وكتب أيضاً ما نصه قال الولوالجي: بخلاف ما إذا حمل مع نفسه متاعاً فهلكت فإنه يضمن بقدر ما زاد من الثقل وذلك لأن المعتبر في الأمتعة الثقل فيضمن بقدر ما زاد من الثقل وليس تفسير ذلك أن يوزن الرجل والمحمول حتى يعرف قدر مازاد على ركوبه، لأن الرجال لا تعرف بالقبان وإنما يعرف بالرجوع إلى أهل المعرفة في هذا الباب فيسألون أن هذا الحمل بأي قدر يزيد على ركوبه في الثقل لكن هذا إذا لم يركب على الحمل، فأما إذا ركب على الحمل يضمن جميع القيمة لأنه يجتمع ثقل الحمل والراكب في مكان واحد فيصير أدق للدابة اهـ **قوله**: **(كالجناة في باب الجنايات)** الجناة جمع الجاني كالبغاة جمع الباغي والقضاة جمع القاضي اهـ وكتب ما نصه: قال الإتقاني فيعتبر عدد الراكب ولا يعتبر الثقل والخفة كما لا يعتبر في الجراحة كثرتها وقلتها بل يعتبر عدد الجناة حتى إذا جرح أحدهما جراحة واحدة والآخر سبع جراحات كان الضمان عليهما أنصافاً اهـ يعني: إذا جرح واحد إنساناً جراحة واحدة خطأ والآخر جراحتين أو أكثر خطأ فمات المجروح من ذلك فالدية عليهما أنصافاً فكذا هنا يعتبر عدد من ركب لا الثقل اهـ إتقاني. **قوله**: **(ضمن جميع قيمتها)** لأنه تعمد إتلافها اهـ ولا أجر عليه اهـ إتقاني. **قوله**: **(ذكره في الكافي)** أي: وكذا ذكره في البدائع اهـ **قوله**: **(إذ هلكت بعدما بلغت مقصده)** أي لما بينا أنه وجب مقابلاً بالمنافع وقد حصلت مستوفاة اهـ ق. **قوله**: **(ثم للمالك الخيار إلخ)** عزاه الإتقاني للذخيرة اهـ وكتب

قال رحمه الله: (**وبالزيادة على الحمل المسمى ما زاد**) أي: إذا استأجرها ليحمل عليها شيئاً مقدّراً فحمل عليها أكثر منه فعطبت **يضمن ما زاد الثقل** لأنها هلكت بمأذون فيه وغير مأذون، والسبب الثقل فانقسم عليهما إلا إذا كانت الدابة/لا تطيق مثله فيجب عليه جميع قيمتها لعدم الإذن فيه فيكون إهلاكاً أوجب [٩٤/أ ٣/٢]

على قوله ثم للمالك الخيار ما نصه في التضمين اهـ إتقاني. وكتب أيضاً ما نصه: وهذا إذا أردفه حتى صار الأجنبي كالتابع له فأما إذا أقعده في السرج صار غاصباً ولم يجب عليه شيء من الأجر لأنه رفع يده عن الدابة وأوقعها في يد متعدية فصار ضامناً والأجر لا يجامع الضمان إلى هنا لفظ شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي اهـ ق. **قوله**: (**وإن شاء الراكب**) أي وهو المستأجر اهـ **قوله**: (**والرديف يرجع**) أي على الراكب اهـ **قوله**: (**وإلا**) أي بأن كان مستعيراً اهـ **قوله في المتن**: (**وبالزيادة إلخ**) قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي رحمه الله في شرح الكافي الذي هو مبسوطه: فإذا استأجرها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة له فله أن يحمل عليها مثل ذلك من حنطة غيره لأن هذا لا يتفاوت في حق الحمل وإن حمل عليها أحد عشر مختوماً من حنطة فبلغت المكان الذي سماه ثم عطبت من ذلك فعليه الكراء كاملاً وعليه جزء من أحد عشر جزءاً من قيمة الدابة بقدر ما زاد عليها لأن التلف حصل بفعل الكل وبعضه مأذون وبعضه غير مأذون فيسقط حصة الحمل المأذون ويجب حصة الباقي، ولأن كل جزء من أجزاء الثقل لا يصلح علة بنفسه وإنما يصلح عند الاجتماع وعند الاجتماع صار الكل علة واحدة فيتوزع الضمان على أجزائها بخلاف الجراحات، لأن كل واحدة بانفرادها تصلح علة وقد ذكرنا في الجنايات أن صاحب العلة وصاحب العلل سواء في الحكم كما لو جرح أحدهما سبع جراحات وجرح الآخر جراحة واحدة ومات كان الضمان عليهما أنصافاً. وقال ابن أبي ليلى: عليه قيمتها تاماً ولا أجر عليه. وقال في تتمة الفتاوي: استكرى دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فجعل في الجوالق[١] عشرين مختوماً وأمر المكاري أن يحمل هو عليها فحمل هو ولم يشاركه المستكري في الحمل لا ضمان عليه أصلاً إذا هلكت الدابة، ولو حملاه جميعاً يعني المكاري والمستكري ووضعاه على الدابة يضمن المستكري ربع القيمة وإن كانت الحنطة في الجوالقين فحمل كل واحد منهما جوالقاً ووضعاهما على الدابة جميعاً لا يضمن المستأجر شيئاً ويجعل حمل المستأجر بما كان مستحقاً بالعقد. والثقل بكسر الثاء وفتح القاف خلاف الخفة والثقل بكسر الثاء وسكون القاف الحمل والثقل بفتحتين متاع المسافر، وإنما قيل: للجن والإنس الثقلان لأنهما قطان الأرض فكأنهما ثقلاها اهـ إتقاني. **قوله**: (**يضمن إلخ**) هذا إذا حمل الأكثر دفعة واحدة أما إذا حمل المسمى ثم حمل

---

(١) بكسر اللام وفتحها: وعاء من الأوعية معروف معرب. انظر اللسان، مادة /جلق/.

الضمان هنا بحساب الزيادة إذا كانت الدابة تطيق ذلك. وإن حمل عليه جنساً أخر غير المسمى أوجب جميع القيمة وكذا لو استأجر ثوراً لطحن حنطة **مقدّرة فزاد** لم يوجب بحساب الزيادة بل أوجب جميع القيمة **لأن الدابة هلكت** بغير المأذون فيه فيهما فيجب عليه جميع القيمة. وفيما إذا زاد عليها من جنس المأذون فيه هلكت بالمجموع فتسقط حصة المأذون ويجب بقدر ما تعدّى حتى لو حملها المسمى وحده ثم حملها الزيادة وحدها فعطبت يضمن جميع قيمتها لأنها هلكت بالزيادة وحدها.

قال رحمه الله: (وبالضرب **والكبح**) أي: يضمن بهما إذا هلكت وهذا أبي حنيفة رحمه الله. **وقالا: لا يضمن** إذا فعل فعلاً معتاداً لأن المتعارف يدخل تحت المطلق فكانت هالكة بالمأذون فيه، ولأبي حنيفة رحمه الله أن الإذن مقيد بشرط السلامة إذ السوق يتحقق بدونه وإنما يضرب للمبالغة فصار كضرب الزوجة والمرور على الطريق بخلاف ضرب القاضي الحدّ أو التعزير أو فصد الفصاد حيث لا يضمن إذا هلك به لأن الحدّ والتعزيز واجب عليه وكذا الفصد لالتزامه بعقد الإجارة والضمان لا يجب بالواجب وهذا بخلاف ما إذا ضرب العبد المستأجر حيث يضمن بالاتفاق والعذر لهما أنه يؤمر ويُنهى لفهمه فلا ضرورة إلى الضرب، وعلى هذا الخلاف المذكور ضرب الأب والوصي الصغير إذا لم يتجاوز ضرب مثله للتأديب حتى تجب الدية والكفارة عنده، وعندهما لا تجب الدية لأن الضرب لإصلاح الصغير فكان معيناً به إذ منفعته عائدة عليه وهو مأجور عليه **فصار كضرب المعلم إياه** بل أولى لأن المعلم

الزيادة فهلكت يضمن جميع قيمتها كما في مسألة الطحن اهـ كاكي. **قوله: (يضمن جميع قيمتها)** أي ويستفاد هذا من قول الشارح رحمه الله حتى لو حملها المسمى وحده الخ اهـ **قوله: (ما زاد الثقل)** أي: وعليه الأجر لأنه حمل المعقود عليه ولا أجر في الزيادة لأنها استوفيت من غير عقد اهـ بدائع. **قوله: (مقدرة)** أي كعشرة مخاتيم مثلاً اهـ **قوله: (فزاد)** أي: بأن طحن أحد عشر مختوماً مثلاً اهـ **قوله: (لأن الدابة هلكت إلخ)** لما أن الطحن يكون شيئاً فشيئاً فكما طحن عشرة مخاتيم انتهى إذن المالك فبعد ذلك هو في الطحن مخالف في جميع الدابة مستعمل لها بغير إذن مالكها فيضمن جميعها، أما الحمل فيكون جملة واحدة فهو في البعض مستعمل بالإذن، وفي البعض مخالف فيتوزع الضمان كذا في المبسوط اهـ دراية. **قوله في المتن: (والكبح)** يقال: كبحه باللجام إذا ردّه به كذا في الجمهرة اهـ **قوله: (وقالا: لا يضمن)** أي استحساناً اهـ إتقاني. وكتب على قوله وقالا: لا يضمن ما نصه أي: وبه قال الشافعي ومالك وأحمد وإسحاق وأبو ثور اهـ كاكي. ونقل في التتمة عن باب ميراث القاتل من فرائض شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: الأصح أن أبا حنيفة رجع إلى

ليس له ولاية الضرب وإنما يستفيد منه بخلاف الزوج يضرب امرأته لأنه مطلق له لمنفعة نفسه فصار كالرمي إلى الصيد فيشترط فيه السلامة. ولأبي حنيفة رحمه اللّه أن منفعة الصغير كالواقع له لقيام البعضية بينهما، ألا ترى أن شهادته له جعلت كشهادته لنفسه ووضع الزكاة فيه كوضعه في نفسه بخلاف ضرب المعلم بإذن الأب لأن الإذن بالضرب صح من الأب لما فيه من ولاية ضربه تأديباً، وإذا صح كان المعلم معيناً للأب إذ لا منفعة للمعلم فيه ولا ضمان على المعين ولا ضمان على الأب أيضاً فيما ضرب المعلم لأنّ ما رأى من التأديب لم يصر منقولاً إليه لأن يصح بقدر ما يملك والزائد من المعلم وهو نظير ما لو رجع شهود الزنا بعدما جرحته السياط لا يضمن الإمام لأنه معين ولا يضمن الشهود لأن الجرح لم يجب بشهادتهم.

قال رحمه اللّه: (ونزع السرج والإيكاف أو الإسراج بما لا يسرج بمثله) معناه لو اكترى حماراً بسرج فنزع السرج وأسرجه بسرج لا يسرج بمثله الحمر أو أوكفه ضمن جميع قيمته لأن الإذن لم يتناول ما لا يسرج بمثله الحمر ولا خلاف في جنس السرج فيكون متعدّياً بالإسراج والإيكاف فيضمن جميع قيمته وإن أسرجه بسرج تسرج بمثله الحمر لا يضمن لأن الإذن قد تناوله إذ لا فائدة في التقييد بالمعين إلا إذا كان زائداً في الوزن **فحينئذ يضمن الزيادة** بحسابه. **وقالا: الإكاف كالسرج حتى لا**

قولهما اهـ إتقاني. **قوله: (فصار كضرب المعلم إياه)** قال في الفتاوي الصغرى: معلم ضرب الصبي بإذن الأب أو الوصي لم يضمن وهما لو ضربا يضمنان في إجارة العيون، وفي القدوري: المعلم أو الأستاذ إذا ضربا الصبي بغير إذن الأب أو الوصي ضمنا، ولو ضربا بإذنهما لا يضمنان والأب أو الوصي إذا ضربه للتأديب فمات ضمنا عند أبي حنيفة خلافاً لهما اهـ إتقاني. وكتب ما نصه قال الإتقاني رحمه اللّه وقال في الفتاوى الصغرى أيضاً قال أبو سليمان: إذا ضرب ابنه على تعليم القرآن أو الأدب فمات قال أبو حنيفة تجب الدية ولا يرثه. وقال أبو يوسف لا شيء عليه ويرثه. ولو ضرب امرأته على المضجع فماتت يضمن ولا يرثها في قولهما لأنه ضربها لمنفعة نفسه بخلاف الأب مع الابن. **قوله: (فحينئذ يضمن الزيادة)** قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي: ولو تكارى حماراً عرياناً فأسرجه وركبه فهو ضامن له. وقال الكرخي في مختصره: ولو اكترى حماراً عرياناً فأسرجه ثم ركبه كان ضامناً. قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: وهذا إذا كان حماراً لا يسرج مثله عادة، أما إذا كان يسرج ويركب بالسرج فلا ضمان عليه لأن المقصود هو الركوب والسرج آلة له فلا يختلف بوضع السرج عليه. وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وقد فصل أصحابنا هذا وقالوا: إذا استأجره ليركب إلى خارج المصر لم يضمن لأن الحمار لا يركب من بلد إلى بلد بغير سرج ولا إكاف فلما آجره

يضمن إذا كان بمثله توكف الحمر إلا إذا كان زائداً على السرج الذي كان عليه فيضمن الزيادة بحسابه كما في السرج لأنه هو والسرج سواء فإذا رضي بالسرج يكون راضياً بمثله من الإكاف. وجوابه ما ذكرنا أن الجنس مختلف لأن الإكاف للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط/ أحدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسطه الآخر فصار نظير [٩٤ ب/٣] اختلاف الحنطة والحديد. وقال في النهاية ذكر هذه المسألة في الإجارات فقال: يضمن بقدر ما زاد وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما اللّه ثم قال من مشايخنا من قال: ليس في المسألة اختلاف الروايتين عن أبي حنيفة رضي اللّه عنه لأنه لم يذكر في الجامع الصغير أنه ضامن لجميع القيمة ولكنه قال: هو ضامن ولم يبين قدر ما يضمن فكان المطلق محمولاً على القدر. ومنهم من قال عن أبي حنيفة رحمه اللّه روايتان: في رواية الإجارات يضمن بقدر ما زاد. وفي رواية هذا الكتاب يضمن جميع القيمة قال شيخ الإسلام: وهو الأصح وتكلموا على معنى قولهما أنه يضمن بحسابه وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة رضي اللّه عنه. فمنهم من قال: أنه مقدر بالمساحة حتى إذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين، والإكاف قدر أربعة أشبار فيضمن بحسابه. **وقيل: يعتبر بالوزن.**

قال رحمه اللّه: (وسلوك طريق غير ما عينه وتفاوتاً) أي يجب الضمان إذا عين

كذلك فقد أذن له من طريق المعنى. وقالوا: وإن استأجره ليركبه في المصر وهو من ذوي الهيآت فله أن يسرجه لأن مثله لا يركب من غير سرج، وإن كان من دون الناس فأسرجه ضمن لأن مثله يركب في البلد من غير سرج، والسرج أثقل على الدابة ثم إذا ضمن يضمن جميع القيمة أو بقدر ما زاد قال فخر الدين قاضيخان في شرح الجامع الصغير: اختلفوا فيه. والصحيح أنه يضمن جميع القيمة لأنه ذكر الضمان مطلقاً فينصرف إلى الكل وإنما كان كذلك لأنه خالف صورة ومعنى، أما صورة فظاهر لأنه أذن له أن يركبها عرياناً وقد ركب مع السرج، وأما معنى فلأن الركوب على السرج أضر على الدابة لأن ثقل الراكب والسرج يجتمع في مكان واحد، قلت: ينبغي أن يكون الأصح ضمان قدر الزيادة لأنه استأجره عرياناً فأسرجه فكان السرج كالحمل الزائد على الركوب، ألا ترى أنه ذكر في الأصل إذا استأجر دابة ليركبها إلى مكان معلوم فركب وحمل معه حملاً يضمن قدر الزيادة، وإن عطبت فكذا هذا لأن السرج صار كزيادة الحمل، وقال الكرخي في مختصره: وإن لم يكن عليه لجام فألجمه فلا ضمان عليه إذا كان مثله يلجم بذلك اللجام وكذلك إذا بدّله وذلك لأن الحمار لا يختلف باللجام وغيره ولا يتلف به فلم يضمن بإلجامه اهـ إتقاني. **قوله: (وقالا: الإكاف كالسرج حتى لا يضمن إذا كان بمثله توكف الحمر إلا إذا كان زائداً)** كتب على قوله وقالا ما نصه: قال في العيون والفتوى على قولهما اهـ حقائق. **قوله: (وقيل: يعتبر بالوزن)** أي حتى إذا كان السرج منوين

للمكاري طريقاً وسلك هو غيره وكان بينهما تفاوت بأن كان المسلوك أوعر أو أبعد أو أخوف بحيث لا يسلك لأن التقييد صحيح لكونه مفيداً فإذا خالف فقد تعدّى فيضمن قيمته إن هلك، وإن لم يهلك وبلغ فله الأجر استحساناً لارتفاع الخلاف ولا يلزم اجتماع الأجرة والضمان لأنهما في حالتين لأنه على تقدير السلامة يجب الأجر، وعلى تقدير التلف يجب الضمان والمحظور اجتماعهما في حالة واحدة، ونظيره العبد المحجور عليه إذا آجر نفسه فإن تلف في العمل يجب على المستأجر الضمان، وإن سلم وجب عليه الأجر، وإن كان يسلكه الناس وهلك المتاع فلا ضمان عليه لأن الظاهر فيما يسلكه الناس عدم التفاوت. وقال في الكافي والهداية: هذا إذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لأنه عند عدم التفاوت لا يصح التعيين لعدم الفائدة، أما إذا كان بينهما تفاوت يضمن لصحة التقييد فجعلاه كالطريق الذي لا يسلكه الناس.

قال رحمه اللّه: (وحمله في البحر الكل وإن بلغ فله الأجر) أي يضمن جميع قيمته بحمله في البحر إن هلك القماش وإن سلم فله الأجر. وقوله: لكل عائد على المسائل التي تقدمت كلها من عند قوله: وبالضرب والكبح إلى هنا لأن الواجب في جميعها جميع القيمة، **وإنما ضمن فيما إذا حمله في البحر** لأن التفاوت فيه فاحش ولهذا ليس للمودع أن يسافر بالوديعة في البحر، ولو سلم يجب المسمى استحساناً لحصول المقصود وارتفاع الخلاف.

قال رحمه اللّه: (وبزرع رطبة وأذن بالبر ما نقص) أي إذا أذن له أن يزرع الأرض حنطة يجب عليه ضمان نقصان الأرض بزرع الرطبة لأن الرطبة أكثر ضرراً بالأرض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة إلى سقيها فكان خلافاً إلى شرّ مع اختلاف

والإكاف ستة أمناء يضمن ثلثي قيمتها اهـ حقائق. **قوله: (وإنما ضمن فيما إذا حمله في البحر)** قال شمس الأئمة السرخسي رحمه اللّه في أواخر كتاب الشروط من مبسوطه: ولو استأجره لحمله بنفسه فحمله على دوابه أو عبيده أو على غيرهم وذهب معه حتى بلغه ذلك المكان فله الأجر استحساناً لحصول المقصود لأن المقصود حمل الطعام وقد أوفاه كما التزم، وليس هو مخالفاً لأنه ما فارق الطعام حين ذهب معه ولا أخرجه من يده فلا يكون مخالفاً، وكذلك إن اشترط له طريقاً فحمله في طريق آخر لأن المقصود حمل الطعام إلى المكان المشروط في أي الطريقين حمله، وإن حمله في البحر ضمنه إن غرق لأنه عرّضه للتلف فإن الغالب من حال راكب البحر أنه على شرف الهلاك مع ما معه، وإن سلم فله الأجر استحساناً وهو بمنزلة ما لو كان إلى ذلك الموضع طريقان أحدهما أمن والآخر مخوف فحمله في الطريق المخوف فإن تلف كان ضامناً، وإن سلم يستحق الأجر استحساناً فكذلك هنا لأن البحر بمنزلة الطريق المخوف، ولهذا لم يكن للمودع أن يسافر بالوديعة

الجنس فيجب عليه جميع النقصان بخلاف ما إذا استأجر دابة للركوب أو للحمل فأردف معه غيره أو زاد على المحمول على قدر المسمى حيث يجب عليه من الضمان بحسابه لأنها تلفت بما هو مأذون فيه وغير مأذون فيه فيجب عليه بقدر ما تعدّى، وهذا لأنه استوفي المشروط وزاد فيجب عليه بسبب الزيادة الضمان. وهنا لا يمكن أن يجعل مستوفياً لمنفعة الأرض بقدر زراعة الحنطة ثم زاد عليه لأن الجنس مختلف. وإنما يعتبر ذلك عند اتحاد الجنس، ألا ترى أنه لو استأجر دابة ليحمل عليها حنطة فحمل عليها حديداً أو ملحاً/ مثل وزنه يضمن كل القيمة لما قلنا وهو نظيره. [٣/أ ٩٥]

قال رحمه الله: (ولا أجر) أي: لا يجب الأجر لأنه لما خالف صار غاصباً واستوفى المنفعة بالغصب ولا تجب الأجرة به وإنما تجب بالاستيفاء بعقد الإجارة وهما لا يجتمعان لاستحالة أن يكون الشيء الواحد مأذوناً فيه وغير مأذون فيه ولهذا لا يجتمع الضمان والأجرة وإن زرع فيها ما هو أقل ضرراً من الحنطة لا يجب عليه الضمان ويجب عليه الأجر لأنه خلاف إلى خير فلا يصير به غاصباً.

قال رحمه الله: (وبخياطة قباء وأمر بقميص قيمة ثوبه وله أخذ القباء ودفع أجر مثله) معناه إذا أمره أن يخيط له ثوبه قميصاً يجب عليه ضمان قيمته إذا خاطه قباء وإن شاء أخذ القباء ودفع له أجر مثله. قيل: أراد بالقباء القرطق وهو الذي يلبسه الأتراك مكان القميص وهو ذو طاق واحد. وقال ظهير الدين: القميص إذا قدّ من قبل كان قباء طاق، وقباء طاق إذا خيط جانباه كان قميصاً وهو المراد بالقرطق لأنه يستعمل استعمال القميص والقباء فيثبت له الخيار وفي غيره لا يثبت له الخيار بل يضمنه القيمة حتماً. وقيل: الجواب مجري على إطلاقه في الكل وإطلاقه يدل على ذلك. ووجهه أن القباء والقميص متقاربان في المنفعة وأجزاؤهما واحد وهي الكم والذيل والدخريص. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا خيار لرب الثوب في الكل بل يضمنه قيمة الثوب رواه الحسن عنه لأن القباء جنس آخر غير جنس القميص فصار مخالفاً من كل وجه فبقي غاصباً محضاً، ووجه الظاهر أنه قميص من وجه لأنه يمكنه سدّه والانتفاع به انتفاع القميص فصار موافقاً من هذا الوجه وهو مخالف من حيث التقطيع والقالب فيميل إلى أيهما شاء، فإن مال إلى الخلاف ضمنه قيمته وصار الثوب للخياط، وإن مال إلى الوفاق يأخذ القباء ويعطيه أجر مثله لا يجاوز به المسمى لأن صاحب الثوب لم يرض بالمسمى إلا مقابلاً بخياطة القميص، فإذا خالف فات رضاه فلا يجب عليه المسمى والخياط لم يخطه مجاناً فيجب عليه أجر مثله لا يجوز به المسمى لأن المنافع لا تتقوم إلا بالعقد أو شبهه، وليس فيما زاد على المسمى عقد ولا شبهه فلا

يتقوم ولا يجب، ولهذ المعنى قلنا: لو خاطه قميصاً مخالفاً لما وصفه يجب عليه أجر المثل ولا يجاوز به المسمى. ولو خاطه سراويل وقد أمره بالقباء ضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والهيئة. وقيل: يخير وهو الأصح لوجود الاتحاد في أصل المنفعة من حيث الستر ودفع الحرّ والبرد ولوجود الموافقة في نفس الخياطة فصار كما إذا دفع إلى رجل نحاساً فأمره **بأن يضرب له شبهاً** من الأواني فضرب له خلافه فإنه يخير فكذا هذا.

باب الإجارة الفاسدة

قال رحمه اللّه: **(يفسد الإجارة الشروط) لأنها بمنزلة البيع، ألا ترى أنها تقال** وتفسخ فتفسدها الشروط التي لا يقتضيها العقد كالبيع وهذا لأن المنافع بالعقد

في طريق البحر كما ليس له أن يسافر بها في الطريق المخوف اهـ **قوله: (بأن يضرب له شبهاً)** قال في المصباح: الشبه بفتحتين ما يشبه الذهب في لونه وهو نحاس أحمر يضاف إليه أشياء ويسبك معها فيكتسب لون الذهب، والشبه أيضاً والشبيه مثل كريم والشبه مثل حمل المشابه اهـ

باب الإجارة الفاسدة

قوله في المتن: (يفسد الإجارة الشروط) أي: شرط مخالف لموجب العقد كما لو استأجر رحى ماء على أنه إن انقطع ماؤه فالأجر عليه فإن موجب العقد أن لا يجب الأجر إلا بالتمكن من استيفاء المعقود عليه، فكل شرط مخالف لموجب العقد يفسد لأن الإجارة بنيت على المضايقة والمماكسة فتفسد بالشرط كالبيع لأن اشتراطه يكون سبباً للمنازعة، ألا ترى أن النكاح لا يفسد بالشرط لما أنه مبني على المسامحة ولا يعلم فيه خلاف اهـ كاكي. **قوله: (لأنها بمنزلة البيع)** أي فكل ما أفسد البيع أفسدها وأراد بالشروط شروطاً لا يقتضيها إلى أن يرجع إلا إذا مات ببغداد فحينئذ له أن يأخذ أجر الذهب. والشروط التي تفسدها كاشتراط تطيين الدار ومرمّتها أو تعليق باب عليها أو إدخال جذع في سقفها على المستأجر، وكذلك اشتراط كري نهر في الأرض أو ضرب مسناة عليها أو حفر بئر فيها أو أن يسرقنها على المستأجر، وكذلك اشتراط ردّ الأرض مكروبة كل ذلك يفسد الإجارة لأنه جعل هذه الأعمال من جملة الأجر وأنها مجهولة غير معلومة وجهالة بعض الأجر توجب جهالة الباقي فتفسد به الإجارة. قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره: إذا كان ما وقع عليه عقد الإجارة مجهولاً في نفسه أو في أجره أو في مدة الإجارة أو في العمل المستأجر عليه فالإجارة فاسدة، وكل جهالة تدخل في البيع فتفسده من جهة الجهالة فكذلك هي في الإجارة إلى هنا لفظ الكرخي اهـ إتقاني رحمه اللّه مع حذف كلام في البين اهـ **قوله: (ألا**

يكون لها قيمة وتصير به مالاً فيعتبر الإجارة بالمعاوضة المالية دون ما سواها من النكاح والخلع والصلح عن دم العمد وأشباهها.

قال رحمه اللّه: (وله أجر مثله لا يجاوز به المسمى) هذا إذا لم يكن الفساد لجهالة المسمى أو لعدم التسمية، وإن كان لجهالة المسمى أو لعدم التسمية يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ. وكذا إذا كان بعضه معلوماً وبعضه غير معلوم **مثل أن يسمى دابة** أو ثوباً **أو يستأجر الدار** أو الحمام على أجرة معلومة بشرط أن يعمرها/ أو يرممها [٩٥ ب/٣] **وقالوا: إذا استأجر داراً** على أن لا يسكنها المستأجر فسدت الإجارة **ويجب عليه إن سكنها أجر المثل بالغاً ما بلغ. وقال زفر والشافعي: يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ في الكل**

ترى أنها تقال) من الإقالة لا من القول اهـ إتقاني. **قوله: (مثل أن يسمي دابة)** مثال لجهالة المسمى اهـ **قوله: (أو يستأجر الدار)** مثال لجهالة بعض الأجرة اهـ **قوله: (وقالوا إذا استأجر داراً إلخ)** قال الولوالجي رحمه اللّه في الكلام على الشروط التي تفسد الإجارة والتي لا تفسد: ولو استأجر داراً على أن يسكن وحده كان له أن يسكن غيره لأن الناس لا يتفاوتون في السكنى فسكنى غيره لا يضر بالدار وهذ الشرط لا يفسد العقد لأنه لا منفعة لأحد العاقدين في هذا لشرط ومثل هذا الشرط لا يوجب فساد العقد كما لو اشترى ثوباً بشرط أن لا يلبس ولو استأجر داراً على أن لا يسكنها كانت الإجارة فاسدة لأنه شرط شرطاً يمنع موجب العقد فيفسد العقد كما لو باع بشرط أن لا يملك المشتري فرق بين هذا وبين الأوّل والفرق أن ذلك الشرط مما لا يمنع موجب العقد لأنه شرط أن يكون هو القابض وحده فصار كما لو باع بشرط أن يقبضه المشتري وحده اهـ **قوله: (ويجب عليه إنْ سكنها أجر المثل بالغاً ما بلغ)** فيه نظر وينبغي أن لا يتجاوز المسمى لأن فساد الإجارة هنا للشرط المذكور وهو عدم السكنى لا لعدم تسمية الأجرة. وكلام الولوالجي السابق وغيره يفصح بذلك وقد قال الولوالجي رحمه اللّه ما نصه: فإن استأجر داراً كل شهر بعشرة على أن ينزلها هو وأهله على أن يعمرها ويعطي أجر حارسها ونوائبها فالإجارة فاسدة لما ذكرنا وعليه أجر مثلها فيما سكن بالغاً ما بلغ فرق بين هذا وبين سائر الإجارات الفاسدة فإنّ ثمة لا يجاوز به المسمى والفرق أن في سائر الإجارات الفاسدة المسمى معلوم القدر فأمكننا تقدير القيمة بها لأن أصل القيمة للمنافع ثبت بالتسمية فيجب تقديرها بالتسمية ما أمكن وقد أمكن أما هاهنا بعض المسمى مجهول لأنه إذا لم يحتج إلى العمارة وإلى الحارس ولم تقع نائبة لا يدري أيّ قدر يعطيه فكان بعض المسمى مجهولاً فلا يمكن تقدير القيمة لجميع المسمى فتجب قيمتها بالغة ما بلغت كما لو كان جميع المسمى مجهولاً اهـ فقول الولوالجي فرق بين هذا وبين سائر الإجارت الفاسدة الخ يشكل على قول الزيلعي بالغاً ما بلغ اهـ (فرع) وفي الحاصل من شرح الطحاوي في الإجارة الفاسدة لا يجب الأجر إذا لم

لأن المنافع متقوّمة عندهما فتجب القيمة بالغة ما بلغت عند تعذر إيجاب المسمى كما في بيع الأعيان وكما إذا كان الفساد لجهالة الأجر أو لعدم التسمية. **ولنا أن المنافع غير متقوّمة بنفسها** لأن التقوّم يستدعي سابقة الإحراز وما لا بقاء له لا يمكن إحرازه فلا يتقوّم **وإنما تقوّمت بالعقد شرعاً** للضرورة لشدة الحاجة إليها. وإذا فسدت الإجارة وجب أن لا تجب الأجرة لعدم العقد والضرورة لأن الصحيح منها كاف فلا حاجة إلى الفاسد منها إلا أن الفاسد من كل عقد ملحق بصحيحه **لكونه تبعاً له** وكانت الضرورة باقية من وجه لأن كل أحد لا يهتدي إلى الصحيح فمست الحاجة إلى إلحاقها به فيكون لها قيمة في قدر ما وجد فيه شبهة العقد وهو قدر المسمى فيجب في المسمى بالغاً ما بلغ، وفيما زاد على المسمى **لم يوجد** فيه عقد ولا شبهته فلا يتقوّم ويبقى على الأصل **بخلاف المبيع** لأنه متقوّم بنفسه فتجب قيمته بالغة ما بلغت ولا نهاية للمجهول ولا لغير المسمى فيجب بالغاً ما بلغ.

ينتفع به عندنا وأحمد. وعند الشافعي ومالك يجب أجر المثل بالتمكن من الاستيفاء كالصحيح ولو استأجر شيئا ثم آجره قبل قبضه لا يجوز بلا خلاف. وقيل يجوز في العقار عند أبي حنيفة وإن آجره بعد القبض يجوز بلا خلاف،. فلو كانت الأجرة الثانية أكثر لا يطيب له الفضل عندنا والثوري والشعبي والنخعي وابن المسيب وأحمد في رواية. وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور وعطاء والحسن والزهري يطيب لملكه المنفعة بعقد الإجارة. وقلنا هذا ربح ما لم يضمن وقد نهى النبي عليه السلام عن ذلك اهـ كاكي. وكتب ما نصه: لا يجب الأجر في الإجارة الفاسدة بمجرد التمكن من استيفاء المنفعة وإنما يجب بحقيقة الاستيفاء بشرط أن يوجد التسليم إلى المستأجر من جهة الآجر وفي الإجارة الفاسدة بمجرد التمكن من استيفاء المنفعة وإنما يجب بحقيقة الاستيفاء بشرط أن يوجد التسليم إلى المستأجر من جهة الآجر وفي الإجارة الصحيحة يجب الأجر بمجرد التمكن من الاستيفاء لكن بشرط أن يوجد في المدّة في المكان الذي أضيف إليه العقد وتمامه في (٢٩) من فصول العمادي اهـ **قوله**: **(قال زفر والشافعي)** أي وبه قال مالك وأحمد اهـ دراية. **قوله**: **(يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ في الكل)** لهما أن الإجارة بيع المنافع فتعتبر ببيع الأعيان وفي بيع الأعيان إذا فسد تعتبر القيمة بالغة ما بلغت فكذا في بيع المنافع وهو الإجارة إذا فسد يعتبر أجر المثل بلغاً ما بلغ اهـ إتقاني. **قوله**: **(ولنا أن المنافع غير متقوّمة بنفسها)** أي بحال لأنها أعراض لا بقاء لها فكما توجد تتلشى اهـ إتقاني. **قوله**: **(وإنما تقومت بالعقد شرعاً إلخ)** وإذا لم تتقوّم في أنفسها وجب الرجوع إلى ما قوّم العقد به وسقط ما زاد عليه لأنهما رضيا بإسقاط ذلك اهـ إتقاني. **قوله**: **(لكونه تبعاً له)** والتبع يثبت بحسب ثبوت الأصل وهذا لأن الفاسد مشروع بأصله دون وصفه اهـ كاكي. **قوله**: **(لم يوجد)** أي إذا كان

قال رحمه الله: (**وإن آجر داراً كل شهر بدرهم صح في شهر فقط إلا أن يسمى الكل**) لأن كلمة كل إذا دخلت على مجهول **وأفراده معلومة** انصرف إلى الواحد **لكونه معلوماً** وفسد في الباقي للجهالة كما إذا باع صبرة[١] من طعام كل قفيز بدرهم فإنه يجوز في قفيز واحد فكذا هذا. وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ظاهر لأنه سوّى بين البابين وهما وافقاه في الشهور وأجاز العقد في الكل في الصبرة. والفرق لهما أن الشهور لا نهاية لها فلا يمكن رفع الجهالة فيها والصبرة متناهية فترتفع الجهالة بالكيل فلهذا أجازاه في الكل ولا معنى لقول من قال من المشايخ أن العقد صحيح في الشهر الثاني والثالث لتعامل الناس لأن التعامل المخالف للدليل لا يعتبر ثم إذا تم الشهر كان لكل واحد منهما نقض الإجارة لانتهاء العقد الصحيح بشرط أن يكون الآخر حاضراً وإن كان غائباً لا يجوز بالإجماع وقيل: لا يجوز عندهما إلا بحضرة الآخر، وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز كأنه بنى على الفسخ بشرط الخيار وقد بيناه في البيوع وبتسميته جملة الشهور تصير المدّة معلومة فتصح.

المسمى أقل يجب المسمى لاتفاقهما عليه فقد أسقطا الزيادة والإسقاط وإن كان في ضمن التسمية لكن لا يفسد بفسادها لرضاه بسقوط الزيادة وعدم تقوّم المنافع في نفسها فلم يظهر التقوّم فيما زاد على ذلك وإذا نقص أجر المثل يجب أجر المثل لفساد التسمية اهـ كاكي. **قوله: (بخلاف المبيع)** أي بيعاً فاسداً اهـ **قوله في المتن: (كل شهر بدرهم إلخ)** هكذا ذكروه في كل المتون والشروح ولم يتعرضوا لحكم سنة هل هو كذلك أم لا وقد صرح به في نفقات الخانية على سبيل الاستشهاد حيث قال امرأة قالت لزوجها أنت بريء من نفقتي أبداً ما كنت امرأتك إن لم يكن فرض القاضي عليه النفقة كانت البراءة باطلة لأنها أبرأته قبل الوجوب وإن كان القاضي فرض عليه النفقة لكل شهر كذا فقالت أنت بريء من نفقتي أبدا ما كنت امرأتك صحت البراءة عن نفقة شهر واحد لا غير فلو أبرأته بعد مضى أشهر صحت البراءة عما مضى دون ما بقي كما لو آجر داره كل شهر بكذا أو كل سنة بكذا فمضى بعض السنة أو بعض الشهر صحت البراءة عن الشهر الأوّل وعن السنة الأولى اهـ **قوله في المتن: (صح في شهر فقط)** أي وفسد في الباقي اهـ **قوله: (إلا أن يسمى)** أي جملة شهور معلومة اهـ **قوله: (وأفراده معلومة)** والأصل هنا أن صفة العمل إذا لم يمكن إجراؤه على العموم يراد به أخص الخصوص اهـ إتقاني. **قوله: (لكونه معلوماً)** فإن قيل: كما أن الشهر الأوّل معلوم فكذلك الشهر الثاني معلوم فلم خصصتم الأوّل بصحة العقد؟ قلنا إنما اختص الأوّل لوجود جزء منه وحصوله بخلاف سائر الشهور حتى إذ سكن ساعة من

---

(١) قال ابن الأثير في النهاية الصبُرة الطعام المجتمع كالكومة وجمعها صُبَر. انظر اللسان، مادة /صبر/. النهاية في غريب الحديث (٣/ ٩).

قال رحمه اللّه: (وكل شهر سكن أوّله ساعة صح فيه) لأنه صار معلوماً **فتم العقد فيه** بتراضيهما فلا يكون لأحدهما الامتناع عن المضي وهذا قول بعض المشايخ **وهو القياس**، وفي ظاهر الرواية لكل واحد منهما الخيار في الليلة الأولى من الشهر ويومها **وبه يفتي** لأن في اعتبار الساعة حرجاً عظيماً. والمقصود هو الفسخ في رأس الشهر وهو عبارة عن الليلة الأولى ويومها عرفاً، ألا ترى إلى ما ذكره محمد رحمه اللّه في كتاب الأيمان فيمن حلف ليقضين دين فلان رأس الشهر فقضاه في الليلة التي يهل فيها الهلال وفي يومها لم يحنث استحساناً، ولو فسخ في أثناء الشهر لم ينفسخ. وقيل: ينفسخ به إذا خرج الشهر لأنه أمكن توقيفه إلى وقت يملك فيه الفسخ وبه كان يقول محمد أبو نصير بن يحيى بن سلام. ولو قال: في أثناء الشهر فسخت رأس الشهر ينفسخ، إذا أهل الشهر بلا شبهة فيكون فسخاً مضافاً إلى رأس الشهر وعقد الإجارة يصح مضافاً فكذا فسخه. ولو قدّم أجرة شهرين أو ثلاثة وقبض الأجرة فلا يكون لواحد منهما الفسخ في قدر المعجل أجرته لأنه/ بالتقديم زالت الجهالة في ذلك القدر فيكون كالمسمى في العقد. [٩٦ أ/٣]

قال رحمه اللّه: (وإن استأجرها سنة صح وإن لم يسم أجرة كل شهر) يعني بعدما سمى الأجرة جملة لأن المنفعة صارت معلومة ببيان المدة والأجرة معلومة فيصح، وإن لم يبين قسط كل شهر كما إذا استأجر شهراً ولم يبين حصة كل يوم فإذا صح وجب أن تقسم الأجرة على الأشهر على السواء، ولا يعتبر تفاوت الأسعار باختلاف الزمان.

قال رحمه اللّه: (وابتداء المدة وقت العقد) يعني ابتداء مدة الإجارة من وقت العقد لأن الأوقات كلها سواء في حكم الإجارة، وفي مثله يتعين الزمان الذي يلي

الشهر الثاني صح العقد عليه أيضاً والثالث والرابع مثله اهـ إتقاني. **قوله: (فتمّ العقد فيه)** فلو أن صاحب هذه الدار حلف أن يؤجرها فتركها في يد المستأجر وصار يتقاضى الأجرة آخر كل شهر لا يحنث لأن الانعقاد في رأس كل شهر لا يتوقف على اختياره فلا يكون آجراً ولو طلب أجرة شهر لم يسكنه بعد يحنث اهـ فتاوي الطبري(١). **قوله: (وهو القياس)** لأن رأس الشهر في الحقيقة هي الساعة التي يهل فيها الهلال فإذا أهل مضى رأس الشهر فلا يمكن الفسخ اهـ كاكي. **قوله: (وبه يفتي)** قال الإتقاني: قال الصدر الشهيد في الواقعات في باب الإجارة الجائزة بعلامة السين والصحيح أن يفسخ في الليلة الأولى واليوم الأوّل من الشهر

---

(١) لعل المراد بها فتاوى بن قطان أبي العباس أحمد بن أبي أحمد الطبري الشافعي المتوفى سنة (٣٣٥هـ). انظر كشف الظنون (٢/١٢١٩).

العقد كالأجل واليمين أن لا يكلم فلاناً شهراً ولأنه ولو لم يتعين عقيبه لمدّتها لصار منكراً مجهولاً وبه تبطل الإجارة والظاهر من حاله أن يقصد الصحيح فتعين عقيب العقد بخلاف الصوم حيث لا يتعين ابتداؤه عقيب اليمين ولا عقيب النذر لأن الأوقات في حقه ليست بسواء فإنه لا يجوز في الليل ولا يصير شارعاً فيه إلا بالعزيمة فلا يتعين عقيب السبب هذا إذا كان العقد مطلقاً من غير تعيين المدّة **وإن بين المدة** تعين ذلك وهو ظاهر.

قال رحمه الله: (**فإن كان حين يهل** [تعتبر الأهلة وإلا فالأيام) يعني إذا وقع عقد الإجارة حين يهل][(١)] الشهر أو كان أوّلها بالتعيين كذلك تعتبر شهور المدّة بالأهلة وإن كان أوّلها بعد ما مضى شيء من الشهر تعتبر الشهور بالعدد **وهو أن يعتبر كل شهر ثلاثون يوماً** وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله، وقال محمد رحمه الله: إذا كان ابتداؤها في أثناء الشهر يعتبر الأول بالأيام ويكمل من الأخير **ويعتبر الباقي بالأهلة** وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله لأن الأهلة هي الأصل في الشهور، قال الله تعالى: ﴿يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس﴾ [البقرة: ١٨٩]، والأيام بدل عن الأهلة، ألا ترى إلى قوله عليه الصلاة والسلام: «صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فإن غم عليكم الهلال فأكملوا عدّة شعبان ثلاثين يوماً»[(٢)] ولا يصار إلى البدل إلا عند تعذر الأصل ولا تعذر إلا في الشهر الواحد وهو الأول وقد أمكن تكميله من الأخير فيكمل وبقي غيره على الأصل، وله أنه لما تعذر اعتبار الشهر الأوّل بالهلال تعذر الباقي أيضاً بالأهلة لأن الشهر الأوّل

الثاني والثالث فإن خيار الفسخ إنما يثبت له في أوّل الشهر وأوّل الشهر هذا. **قوله**: (**وإن بين المدة**) أي كما إذا آجر داره في رمضان رجلاً وهما في رجب يعتبر ابتداء المدّة من غرّة رمضان اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**فإن كان حين يهل**) بضم الياء وفتح الهاء أي يبصر اهـ قارئ الهداية. وكتب ما نصه قال الإتقاني وفسر بعضهم في شرحه قوله: حين يهل الهلال بقوله: أراد به اليوم الأوّل من الشهر وفيه نظر لأنه ليس حين يهل الهلال بل أوّل الليلة الأولى من الشهر اهـ وكتب أيضاً ما نصه قال الإتقاني: يجوز على صيغة المبني للفاعل وعلى صيغة المبني للمفعول جميعاً قال في الجمهرة: هلّ الهلال وأهلّ ودفع الأصمعي هلَّ وقال: لا يقال إلا أهلّ وأهللنا نحن إذا رأينا الهلال اهـ **قوله**: (**وهو أن يعتبر كل شهر ثلاثون يوماً**) أي فالسنة ثلاثمائة وستون يوماً اهـ وليعلم أني قد كتبت حاشية نافعة من فتح القدير عند قوله في الكنز في أوّل باب الطلاق وفرق على الأشهر فيمن لا تحيض فلتراجع فإنها مهمة في هذا المقام والله الموفق اهـ **قوله**: (**ويعتبر الباقي بالأهلة**) أي فيكون عنده أحد عشر شهراً بالأهلة والشهر

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

(٢) أخرجه البخاري في الصوم (١٩٠٩)، ومسلم في الصيام (١٠٨١).

يجب تكميله مما يليه وإلا لزم أن يكون الثاني والثالث وجميع الأشهر التي بعده قبل الأوّل وهو محال فإذا كمل من الثاني انتقص الآخر فوجب تكميله من الذي يليه، وكذا كل شهر إلى آخر المدّة فوجب اعتباره بالأيام ضرورة ونظيره العدّة وقد بيناه في الطلاق.

قال رحمه اللّه: **(وصح أخذ أجرة الحمام)** لما روي أنه عليه الصلاة والسلام: «دخل الحمام في الحجفة[١] ولتعارف الناس» وقال عليه الصلاة والسلام: «وما رآه المؤمنون حسناً فهو عند اللّه حسن»[٢]. ومن العلماء من كره الحمام لما روي عن عمارة بن عقبة أنه قال: «قدمت على عثمان بن عفان فسألني عن مالي فأخبرته أن لي غلماناً وحماماً له غلة فكره لي غلة الحجامين وغلة الحمام وقال: إنه بيت الشيطان فسماه رسول اللّه ﷺ «شرّ بيت فإنه تكشف فيه العورات وتصب فيه الغسالات والنجاسات»[٣]. ومنهم من فصل بين حمام الرجال وحمام النساء فقالوا: يكره اتخاذ حمام النساء لأنهن ممنوعات عن الخروج وقد أمرن بالقرار في البيوت فاجتماعهن قلما يخلو عن الفتن. وقد روي «أن نساء دخلن على عائشة رضي اللّه عنها فقالت: أنتن من اللاتي يدخلن الحمامات وأمرت بإخراجهنّ»[٤] والصحيح أنه لا بأس ببناء الحمامات / للرجال والنساء جميعاً للحاجة إليه لأن النساء يحتجن إليه للاغتسال [٩٦ ب/٣] مثل الرجال بل حاجتهن أكثر لكثرة أسباب الاغتسال في حقهنّ من الحيض والنفاس والجنابة واستعمال الماء البارد قد يضرّ وقد لا يتمكنّ من الاستيعاب به وإزالة الوسخ مقصود وذلك يحصل بدخول الحمام. وكراهة عثمان وعائشة رضي اللّه عنهما محمول على أنه كان يؤدّي إلى كشف العورة.

قال رحمه اللّه: **(والحجام)** أي جاز أخذ أجرة الحجامة لما روي أنه عليه

الواحد بالأيام اهـ **قوله في المتن: (وصح أخذ أجرة الحمام)** أي لأن الناس في سائر الأمصار يدفعون أجرة الحمام وإن كان مقدار ما يستعمل من الماء ليس بمعلوم ولا مقدار القعود فدل إجماعهم على جواز ذلك وإن كان القياس يأباه لوروده على إتلاف العين مع الجهالة اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (والحجام)** قال الإتقاني: وأما الحجام فلما رُوي في صحيح البخاري مسنداً إلى ابن عباس قال: «احتجم النبي ﷺ وأعطى الحجام أجره». ولو كان فيه

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/٣١).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) لم أعثر عليه.

(٤) أخرجه الترمذي في الأدب (٢٨٠٣)، وأحمد في مسنده (٢٤٨٧٩) بدون لفظ «وأمرت بإخراجهن».

الصلاة والسلام «احتجم وأعطى أجرته»[١] ولأنه جرى التعارف بين الناس من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا فانعقد إجماعاً عملياً، وقالت الظاهرية: لا يحل لما روي أنه عليه الصلاة والسلام «نهى عن عسب التيس وكسب الحجام وقفيز الطحان»[٢] قلنا: هذا الحديث منسوخ بما روي أنه ﷺ قال له رجل: إن لي عيالاً وغلاماً حجاماً أفأطعم عيالي من كسبه، قال: «نعم».

قال رحمه الله: (لا أجرة عسب التيس) أي: لا يجوز أخذ أجرة عسب التيس لقوله عليه الصلاة والسلام: «**إن من السحت عسب التيس** ومهر البغي وكسب الحجام»[٣]. ولأنه عمل لا يقدر عليه وهو الإحبال فلا يجوز أخذ الأجرة عليه ولأنه أخذ المال بمقابلة الماء وهو نجس مهين لا قيمة له فلا يجوز أخذ الأجرة عليه.

كراهية لم يعطه وفي رواية السنن ولو علمه خبيثاً لم يعطه. وحدّث صاحب السنن أيضاً في كتاب البيوع والتجارة مسنداً إلى أنس بن مالك أنه قال: «حجم أبو طيبة رسول الله ﷺ فأمر له بصاع من تمر وأمر أهله أن يخففوا عنه من خراجه»[٤]، ولأنه عمل معلوم أبيح استيفاؤه فجاز أخذ الأجرة عليه كسائر الأعمال، فإن قلت: حدّث صاحب السنن بإسناده إلى رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ قال: «كسب الحجام خبيث وثمن الكلب خبيث ومهر البغي خبيث». فما الجواب عنه قلت: لا شك أن رسول الله ﷺ احتجم فلو كان خبيثاً لم يعطه الأجر فيحمل حديث الخبث على الكراهة طبعاً من حيث المروءة لما فيه من الخبث والدناءة على أنا نقول: أن راويه ليس كابن عباس في الضبط والإتقان والفقه فلا يعارض الحديث حديث ابن عباس فيعمل بحديث ابن عباس دونه اهـ **قوله: (إن من السحت عسب التيس)** المراد منه استئجار التيس لينزيه لأنه لا يحصل النزو إلا بنشاط التيس وليس في يد العبد إحداث النشاط فكان استئجاراً على عمل لا يقدر على تسليمه المؤجر اهـ قال ابن الأثير: وفيه أنه نهى عن عسب الفحل عسب الفحل ماؤه فرساً كان أو بعيراً أو غيرهما وعسبه أيضاً ضرابه يقال: عَسَبَ الفحل الناقة يعسبها عسباً ولم ينه عن واحد منهما وإنما أراد النهي عن الكراء الذي يؤخذ عليه فإن إعارة الفحل مندوب إليها فقد جاء في الحديث ومن حقها إطراق فحلها ووجه الحديث أنه «نهى عن كراء عسب الفحل»

---

(١) أخرجه البخاري في الإجارة (٢٢٧٩)، وأبو داود في البيوع (٢٤٢٣)، وابن ماجه في التجارات (٢١٦٤)، وأحمد في مسنده (١١٣٢).

(٢) أخرجه النسائي في البيوع (٤٦٧٣) بدون لفظ «وقفيز الطحان». وكذلك أحمد في مسنده (٩١٠٨)، والدارقطني في سننه بزيادة لفظ «وفقيز الطحان».

(٣) ذكره السيوطي في الجامع الصغير بلفظ «ست خصال من السحت» (٤٦٥٤).

(٤) أخرجه البخاري في البيوع (٢١٠٢)، ومسلم في المساقاة (١٥٧٧)، وأبو داود في البيوع (٣٤٢٤)، وأحمد في مسنده (١٢٣٧٤) واللفظ له.

قال رحمه الله: (والأذان والحج والإمامة وتعليم القرآن والفقه) يعني: لا يجوز أخذ الأجرة على هذه الأشياء، **وقال الشافعي رحمه الله: يجوز في كل ما لا يتعين على الأجير** لأنه استئجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز وكونه عبادة لا ينافي ذلك، ألا ترى أنه يجوز الاستئجار على بناء المسجد وأداء الزكاة وكتابة المصحف والفقه. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «اقرؤوا القرآن ولا تأكلوا به»[(١)] وعهد عليه الصلاة والسلام إلى عثمان بن أبي العاص: «وإن اتخذت مؤذناً فلا تأخذ على الأذان أجراً»[(٢)] ولأن القربة متى وقعت كانت للعامل فلا يجوز له أن يأخذ الأجر على عمل وقع له كما في الصوم والصلاة ولأن التعليم مما لا يقدر عليه المعلم إلا بمعنى من جهة المتعلم فيكون ملتزماً ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز بخلاف بناء المسجد وأداء الزكاة وكتابة المصحف والفقه فإنه يقدر عليها الأجير وكذا الأجر يكون للآمر لوقوع الفعل عنه نيابة، ولهذا لا يشترط أهلية المأمور فيهما بل أهلية الآمر حتى جاز أن يستأجر الكافر فيهما لا يجوز فيما نحن فيه والأصل فيه أن كل شيء جاز أن يستأجر الكافر عليه جاز أن يستأجر عليه المسلم وما لا فلا.

قال رحمه الله: (والفتوى اليوم على جواز الاستئجار لتعليم القرآن) وهو مذهب المتأخرين من مشايخ بلخ استحسنوا ذلك وقالوا: بنى أصحابنا المتقدمون الجواب على ما شاهدوا من قلة الحفاظ ورغبة الناس فيهم وكان لهم عطيات في بيت المال وافتقاد من المتعلمين في مجازاة الإحسان بالإحسان من غير شرط مروءة يعينونهم على معاشهم ومعادهم، وكانوا يفتون بوجوب التعليم خوفاً من ذهاب القرآن وتحريضاً على التعليم حتى ينهضوا لإقامة الواجب فيكثر حفاظ القرآن، وأما اليوم فذهب ذلك كله واشتغل الحفاظ بمعاشهم **وقل من يعلم حسبة** ولا يتفرّغون له أيضاً

فحذف المضاف وهو كثير في الكلام وقيل: يقال لكراء الفحل عسب، وعسب فحله يعسبه أي أكراه، وعسبت الرجل إذا أعطيته كراء ضراب فحله فلا يحتاج إلى حذف مضاف وإنما نهى عنه للجهالة التي فيه ولا بد في الإجارة من تعيين العمل ومعرفة مقداره اهـ **قوله: (وقال الشافعي: يجوز في كل ما لا يتعين على الأجير)** أي حتى لو تعين بأن كان الإمام أو المفتي واحداً لا يجوز الاستئجار بالإجماع وبقوله: قال مالك وأحمد في رواية أبي الخطاب عنه وأبو ثور وأبو قلابة ونص أحمد مثل قولنا، وبقولنا قال عطاء والضحاك[(٣)]

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (١٥١٠٣).
(٢) أخرجه الترمذي في الصلاة (٢٠٩)، والنسائي في الأذان (٦٧٢)، وأبو داود في الصلاة (٥٣١).
(٣) لعله الضحاك بن مزاحم الهلالي أبو محمد صاحب التفسير المتوفى سنة (١٠٢هـ). انظر سير أعلام النبلاء (٤/ ٥٩٨).

[٩٧ أ/٣] فإنّ حاجتهم تمنعهم من ذلك فلو لم يفتح لهم باب التعليم بالأجر لذهب القرآن / فأفتوا بجواز ذلك لذلك ورأوه حسناً. وقالوا: الأحكام قد تختلف باختلاف الزمان، ألا ترى أن النساء كن يخرجن إلى الجماعات في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وفي زمن أبي بكر رضي الله عنه حتى منعهنّ عمر رضي الله عنه واستقرّ الأمر عليه وكان ذلك هو الصواب، وكان الإمام أبو بكر محمد بن الفضل يقول: يجب الأجر ويحبس عليها. وقال في النهاية: يفتي بجواز الاستئجار على تعليم الفقه أيضاً في زماننا ثم قال: وفي روضة الزندويستي كان شيخنا أبو محمد **عبد الله الخيزاخزي** يقول: في زماننا يجوز للإمام والمؤذن والمعلم أخذ الأجر قال كذا في الذخيرة. ولا يجوز استئجار المصحف وكتب الفقه لعدم التعارف.

قال رحمه الله: **(ولا يجوز على الغناء والنوح والملاهي)** لأن المعصية لا يتصوّر

والزهري والحسن وابن سيرين وطاووس(١) والنخعي والشعبي اهـ **قوله: (وقل من يعلم حسبة)** وذكر في تتمة الفتاوى الاستئجار لتعليم الفقه لا يجوز كالاستئجار لتعليم القرآن في أوّل باب القسمة من أدب القاضي، وفي الاستئجار لتعليم الحرف روايتان في رواية المبسوط يجوز، وفي رواية القدوري يجوز وذكر شمس الأئمة السرخسي في باب الإجارة الفاسدة أن مشايخ بلخ اختاروا قول أهل المدينة في جواز استئجار المعلم على تعليم القرآن فنحن أيضاً نفتي بالجواز إلى هنا لفظ التتمة ثم قال فيه: استأجر إنساناً ليعلم لغلامه أو ولده شعراً أو أدباً أو حرفة مثل الخياطة ونحوها فالكل سواء إن بينّ المدّة بأن استأجره شهراً ليعلمه هذا العمل يجوز ويصح وينعقد العقد على المدّة حتى يستحق الأجرة تعلم أو لم يتعلم إذا سلم الأستاذ نفسه لذلك، أما إذا لم يبين المدّة فينعقد لكن فاسداً حتى لو علم استحق أجر المثل وإلا فلا، وكذا تعليم سائر الأعمال كالخط والهجاء والحساب على هذا، ولو شرط أن يحذقه في ذلك العمل فهو غير جائز لأن التحذيق ليس في وسع المعلم والحذاقة لمعنى في المتعلم دون المعلم، ولأن الحذاقة ليس لها حد تنتهي إليه فكان مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة اهـ إتقاني. **قوله: (عبد الله الخيزاخزي)** بفتح الخاء وسكون الياء باثنتين من تحتها وفتح الزاي وسكون الألف وفتح الخاء الثانية وكسر الزاي الثانية نسبة إلى قرية خيزاخز من قرى بخارى اهـ جواهر. **قوله في المتن: (ولا يجوز على الغناء والنوح)** قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: ولا تجوز الإجارة على شيء من الغناء والنوح والمزامير والطبل وشيء من اللهو ولا على الحداء وقراءة الشعر ولا غيره، ولا أجر في ذلك وهذا كله قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد لأنه معصية ولهو ولعب

---

(١) بن كيسان الفقيه القدوة عالم اليمن، أبو عبد الرحمن الفارسي، ثم اليمني الجندي الحافظ، توفي سنة (١٠٦هـ). انظر سير أعلام النبلاء (٥/ ٣٨).

استحقاقها بالعقد فلا يجب عليه الأجر من غير أن يستحق هو على الأجير شيئاً إذْ المبادلة لا تكون إلا باستحقاق كل واحد منهما على الآخر، ولو استحق عليه للمعصية لكان ذلك مضافاً إلى الشارع من حيث إنه شرع عقداً موجباً للمعصية تعالى اللّه عن ذلك علواً كبيراً، ولأن الأجير والمستأجر مشتركان في منفعة ذلك في الدنيا فتكون الإجارة واقعة على عمل هو فيه شريك ذكره في النهاية معزياً إلى الذخيرة. وإن أعطاه الأجر وقبضه لا يحل له ويجب عليه رده على صاحبه، وفي المحيط في كتاب الاستحسان إذا أخذ المال من غير شرط يباح لأنه أعطاه المال عن طوع من غير عقد ولو استأجر من له القصاص رجلاً ليقتل فلا أجر له خلافاً لمحمد رحمه اللّه، ولو استأجر القاضي رجلاً ليقوم في مجلس القضاء ويقيم الحدود جاز، ولو استأجره للحدود والقصاص لم يجز، ولو استأجره لاستيفاء القِصاص فيما دون النفس جاز.

قال رحمه اللّه: (**وفسد إجارة المشاع إلا من الشريك**) وهذا عند أبي حنيفة

والاستئجار على المعاصي واللعب لا يجوز لأنه منهي عنه. وقد حدّث صاحب السنن عن مسلم بن إبراهيم قال حدّثنا سلام بن مسكين عن شيخ شهد أبا وائل في وليمة فجعلوا يغنون فحل أبو وائل حبوته وقال سمعت عبد اللّه يقول سمعت رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم يقول: «الغناء ينبت النفاق في القلب كم ينبت الماء البقل»[١] اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**والملاهي**) كالمزامير والطبل وغيرهما وبه قالت الأئمة الثلاثة وأبو ثور وقال الشعبي والنخعي يكره ذلك ويجوز، أما الاستئجار لكاتب يكتب له غناء ونوحاً يجوز عند أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه وللأئمة الثلاثة وعلى هذا الخلاف الاستئجار على حمل الخمر اهـ كاكي. قوله: كالمزامير والطبل، والطبل إنما يكون منهياً إذا كان للهو أما إذا كان لغيره فلا بأس به كطبل الغزاة وطبل العرس ألا ترى إلى ما قال في الأجناس: ولا بأس أن يكون ليلة العرس دف يضرب به ليشهر ذلك ويعلن به النكاح. وقال ظهير الدين إسحاق الولوالجي في كتاب الكراهة من فتاواه: رجل استأجر رجلاً ليضرب له الطبل إن كان للهو لا يجوز لأنه معصية، وإن كان للغزو أو القافلة يجوز لأنه طاعة اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**وفسد إجارة المشاع**) قال في تصحيح القدوري للعلامة قاسم رحمه اللّه قال الكرخي في جامعه: نص أبو حنيفة أنه إذا آجر بعض ملكه أو آجر أحد الشريكين نصيبه من أجنبي فهو فاسد سواء فيما يقسم وما لا يقسم قلت: صحح في الحقائق أنه فاسد. وحكى عن بعض أنه باطل وهو في نظم الخلافيات. وقال القاضي: إجارة المشاع فيما يقسم وما لا يقسم فاسدة في قول أبي حنيفة وعليه الفتوى وإنْ آجر من شريكه جاز في أظهر الروايتين ولو من ثالث لا يجوز في

---

(١) أخرجه أبو داود في الأدب (٤٩٢٧).

رضي الله عنه. **وعندهما يجوز بشرط بيان نصيبه** وإن لم يبين نصيبه لا يجوز في الصحيح، **لهما أن للمشاع منفعة** وتسليمه ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ ولهذا يجب أجر

الأظهر، قال في الفتاوى الصغرى: وفي المزارعة والمعاملة والوقف الفتوى على قول أبي يوسف ومحمد لمكان الضرورة والبلوى وفي إجارة المشاع على قول أبي حنيفة، وقال في الحقائق: والفتوى على قول أبي حنيفة واعتمده النسفي وبرهان الأئمة المحبوبي وصدر الشريعة، وقال في شرح الكنز للزيلعي وفي المغني: أن الفتوى اليوم في إجارة المشاع على قولهما قلت: شاذ مجهول القائل فلا يعارض ما ذكرنا اهـ وكتب على قوله وفسد إلخ ما نصه فإن قلت: كيف جوّز أبو حنيفة على الرواية المشهور عنه إجارة المشاع من الشريك ولم يجوز رهن المشاع ولا هبة المشاع من الشريك وغيره، قلت: إنهما يشترط فيهما القبض والإشاعة تؤثر في القبض بخلاف الإجارة فإنّ صحتها لا تتوقف على القبض اهـ إتقاني. **قوله**: (**وعندهما يجوز بشرط بيان نصيبه**) المذكور في الخلاصة والبدائع: جواز إجارة النصيب عندهما وإن لم يعرفه المستأجر اهـ **قوله**: (**لهما أن للمشاع منفعة**) وجه قولهما أن الإجارة بيع المنفعة، لأن طريق جوازها إقامة العين مقام المنفعة فصارت كبيع العين ثم بيع العين يصح في الشائع وغيره فكذا بيع المنفعة، ولأن العقود التي يبطلها الشيوع يستوي فيها الشريك وغير الشريك كالرهن والهبة حتى لو رهن المشاع أو وهبه من شريكه أو غير شريكه لا يجوز فهاهنا لما ثبت أن إجارة المشاع من الشريك جائزة ثبت أن الشيوع لا يبطل الإجارة فوجب أن تصح الإجارة مشاعاً من الأجنبي كما تصح من الشريك، وكما إذا آجر داره من اثنين اهـ إتقاني. (فروع) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره: ولا يجوز إجارة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم عند أبي حنيفة وزفر إلا أن يكون المستأجر شريكاً في العقار فيستأجر نصيب شريكه أو شركائه كله في صفقة واحدة في قول أبي حنيفة، وكذلك قال أبو حنيفة: في رجلين آجرا داراً لهما من رجل فهو جائز، وإن مات أحد المؤجرين بطلت الإجارة في نصيبه والإجارة في نصيب الحي صحيحة على حالها ولا يجوز أيضاً عند أبي حنيفة أن يستأجر من عقار مائة ذراع ولا من أرض جريباً أو جريبين إذا كانت أكثر من ذلك إلى هنا لفظ الكرخي وقال في شرح الطحاوي: إجارة المشاع من شريكه جائزة بالإجماع ومن غير شريكه لا تجوز عند أبي حنيفة، وعندهما تجوز وبيع المشاع من شريكه ومن غير شريكه بالإجماع سواء كان مما يحتمل القسمة أو مما لا يحتمل القسمة، ورهن المشاع من شريكه ومن غير شريكه سواء كان مما يحتمل القسمة أو لا يحتمل القسمة لا يجوز، وعند الشافعي يجوز وهبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة جائزة وفيما يحتمل القسمة لا تجوز عندنا وعند الشافعي تجوز وقرض المشاع جائز بالإجماع، وأما وقف المشاع فأبو حنيفة لا يرى الوقف مشاعاً كان أو غيره وعندهما يجوز الوقف ثم على قول أبي يوسف وقف المشاع جائز وعند محمد باطل، ولو آجر داره من

المثل عنده فصار كما إذا آجر من شريكه أو من رجلين وكالشيوع الطارئ بأن مات أحد المستأجرين، وكالعارية وهي أقرب إليها لأن العارية للانتفاع بها إلا أنها بلا عوض فلو لم يمكن الانتفاع به لما جاز إعارته، فإذا جازت إعارته فأولى أن تجوز إجارته لأن تأثير الشائع في منع التبرع أقوى من تأثيره في منع المعاوضة ألا ترى أن هبة الشائع لا تجوز وبيعه يجوز، ولأبي حنيفة رحمه الله أن المقصود من الإجارة الانتفاع والانتفاع بالمشاع لايمكن ولا يتصوّر تسليمه **بخلاف البيع** لأن المقصود فيه الملك وهو أمر

رجلين صفقة واحدة فإنه يجوز وهذا لا يكون مشاعاً بخلاف الهبة فإنه إذا وهب داره من رجلين صفقة واحدة لا يجوز عند أبي حنيفة. ثم العقد متى حصل في غير المشاع فاعترض الشيوع في البعض لا يبطل به العقد كما لو استأجر داراً من رجلين ثم مات أحد المؤجرين لم تنقض الإجارة في حصة الحي وإن بقيت مشاعاً، وكذا لو آجر داره من رجلين صحت الإجارة، ثم إذا مات أحد المستأجرين انتقضت الإجارة في حقه وبقي في حق الحي كما كان جائزاً إلى هنا لفظ الإمام الإسبيجابي في شرح الطحاوي، وقد صرح أن إجارة المشاع من الشريك جائزة بالإجماع وينبغي أن يكون هذا على الرواية المشهورة عن أبي حنيفة، لأن القدوري قال في التقريب وذكر الطحاوي في اختلاف أبي يوسف وزفر الذي رواه ما يوجب أن لا تصح إجارة المشاع ثم قال: والمشهور جوازه. وذكر القدوري أيضاً في شرحه لمختصر الكرخي فقال: وأما إجارة المشاع من الشريك فقد رَوى زفر عن أبي حنيفة أنها لا تجوز لأن مالا يجوز من غير الشريك لا يجوز مع الشريك كالرهن والهبة. وقال الإمام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف: قال أبو حنيفة إجارة المشاع غير صحيحة سواء كان محتملاً للقسمة كالدار وغيرها أو غير محتمل كالدابة ونحوها. وقال صاحباه والشافعي: صحيحة وثمرة الاختلاف تظهر في وجوب المسمى عند التسليم والانتفاع عنده لا يجب وعندهم يجب، وهل يجب أجر المثل عند أبي حنيفة رحمه الله فيه روايتان في رواية لا يجب وبعض مشايخنا عوّلوا على هذه الرواية وقالوا: إن هذه الإجارة باطلة، وفي رواية يجب وبعضهم عّولوا على هذه الرواية وقالوا: أنها فاسدة وهو الصحيح إلى هنا لفظ العالم في طريقته اهـ إتقاني. قوله: وقرض المشاع جائز بالاجماع، مرّ في كتاب الهبة قرض المشاع والوصية بالمشاع اهـ **قوله: (بخلاف البيع)** وجه قول أبي حنيفة أنه آجر ما لا يقدر على تسليمه وكل عقد لا تثبت القدرة فيه على تسليم المعقود عليه يفسد كإجارة العبد الآبق والمبيع قبل القبض، وإجارة الأرض السبخة التي لا تنبت للزراعة وإنما قلنا هذا لأن الشائع وإن كان منتفعاً به لكن لا يمكن تسليمه إلا بالتهايؤ، والتهايؤ حكم مستحق بالعقد بناء على حكمه وهو الملك فلا يصلح شرطاً لجواز العقد، لأن شرط العقد يسبقه أو يقترن به وحكم العقد يعقبه فلا يصح إجارة المشاع إذن لئلا تنقلب الحقيقة، ولأن المهايأة وهي قسمة منافع الأعيان عقد في نفسه فلو كانت شرطاً لصحة الإجارة كانت بمنزلة شرط عقد

حكمي فأمكن فيه فيجوز والانتفاع حسي فلا يمكن بمشاع فيبطل، ألا ترى أنه يجوز بيع الجحش دون إجارته لما قلنا، والتخلية اعتبرت تسليماً في محل يتمكن وفي المشاع لا يتمكن من الانتفاع به ولا من القبض فكيف يجعل تسليماً ولا معتبر بالتهايؤ لأنه يستحق حكماً لملك المنفعة يصار إليه عند الحاجة إلى القسمة بعد الملك لأن حكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط لجواز العقد، وشرط الشيء يسبقه ولا يتصور أن يكون شرطاً لثبوت كونه حكماً ففسد بخلاف ما إذا آجره من شريكه لأنه لا شيوع في حقه ،إذ الكل في يده / غير أن النصف بحكم الملك والنصف [٩٧ ب/٣] الآخر بحكم الإجارة ولا معتبر باختلاف السبب عند اتحاد الحاجة **على أنه روي عنه** أنه لا يجوز لأن استيفاء المنفعة التي يتناولها العقد لا يتأتى إلا بغيرها، وهو منفعة نصيبه وذلك مفسد للعقد كمن استأجر أحد زوجي المقراض لقرض الثياب، وبخلاف ما إذا آجر من رجلين لأن العقد أضيف إلى الكل ولا شيوع فيه، وإنما الشيوع يظهر حكماً لتفرّق الملك فيما بينهما وهو طارئ، وكذا إذا مات أحد المستأجرين انفسخ العقد في نصيب الميت وبقي في نصيب الحيّ شائعاً وهو طارئ فلا يضرّ كالشيوع الطارئ في الهبة، وهذا لأن الشيوع إنما كان مفسداً لكونه مانعاً من القبض ولا حاجة إليه بعد القبض والعارية ليس بلازم فلا يجب تسليمه، وعند التسليم جاز الانتفاع بجميعه لوجود إذنه في ذلك وصار كله عارية فلا شيوع. والحيلة في إجارة المشاع أن يستأجر الكل ثم يفسخ في النصف فإنه يجوز لأن الشيوع الطارئ لا يفسد كما في الهبة أو يحكم الحاكم بجوازه. وفي المغني **الفتوى في إجارة المشاع على قولهما**.

قال رحمه الله: (وصح استئجار الظئر بأجرة معلومة) والقياس أن لا يصح لأنه ترد على استهلاك العين وهو اللبن فصار كاستئجار البقرة أو الشاة ليشرب لبنها أو البستان ليأكل ثمره وجه الاستحسان قوله تعالى: ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ [الطلاق: ٦]، وعليه إجماع الأمة، وقد جرى التعامل به في الأعصار من

في عقد وذلك فاسد فتفسد به الإجارة ولأن المستأجر لا يتوصل إلى الانتفاع بالنصف الذي استأجره إلا بالانتفاع بالنصف الذي لم يستأجره فصار كرجل آجر داره من رجل واشترط للمستأجر أن ينتفع بدار أخرى للمؤاجر فذاك فاسد فكذا هذا اهـ إتقاني. **قوله: (على أنه رُوي عنه)** قال القدوري في كتاب التقريب: روى الحسن عن أبي حنيفة وزفر بطلان العقد في الجميع يعني في إجارة المشاع من الشريك وغيره والشيوع الطاريء كموت أحد المؤجرين أو أحد المستأجرين، وغير الطاريء لأن المعنى المفسد في الابتداء وجوب المهايأة عند الاستيفاء وهذا موجود في الثاني اهـ إتقاني. **قوله: (الفتوى في إجارة المشاع على قولهما)** بل الفتوى على قوله كما تقدّم في القولة التي على قوله في المتن

غير نكير ولا نسلم أن العقد يرد على استهلاك العين بل على المنفعة وهو حضانة الصبي وتلقيمه ثديها وخدمته وتربيته واللبن تابع، وإنما لا تستحق الأجرة إذا أرضعته بلبن الشاة لأنها لم تأتِ بالواجب وهو الإرضاع وتلقيمه ثديها. والعين قد تدخل تبعاً للمنفعة كما إذا استأجر صباغاً ليصبغ له الثوب فإنه يجوز ويدخل الصبغ فيه تبعاً والعقد وارد على المنفعة وهو فعل للصباغة لا على استهلاك العين بخلاف استئجار البقرة والشاة ليشرب لبنها لأن فيه عقد الإجارة ورد على العين مقصوداً فافترقا **وقيل: العقد يرد على اللبن** لأن المقصود لقيام مصالح الصبي به وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به هكذا رواه ابن سماعة عن محمد رحمه الله فإنه قال: استحقاق لبن الآدمية بعقد الإجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه، وجواز بيع لبن الأنعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الإجارة، ولهذا لو أرضعته بلبن الشاة في المدة لا تستحق الأجرة وإلى هذا القول مال شمس الأئمة وقال: هو الأصح والأوّل أشبه بالفقه وأقرب إليه، وقال في الكافي: وهو الصحيح وقد ذكرنا الجواب عما إذا أرضعته بلبن الأنعام.

قال رحمه الله: (**وبطعامها وكسوتها**) هذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا: لا يجوز وهو قول الشافعي وهو القياس لأن الأجرة مجهولة فصار كما إذا استأجرها بهما للطبخ والخبز. **وله أن الجهالة** هنا لا تفضي إلى المنازعة لأن العادة جرت بالتوسعة على الأظآر شفقة على الأولاد ولا يشاححها بل يعطيها ما طلبت ويوافقها على مرادها، والجهالة إذا لم تفض إلى المنازعة لا تمنع الصحة كبيع قفيز من صبرة طعام

وفسد إجارة المشاع فلتراجع اهـ **قوله**: (**وقيل: العقد يرد على اللبن**) أي والخدمة تبعه بدليل أنها لو أرضعته بلبن شاة لم تستحق الأجر وإن حصلت الخدمة. **قوله في المتن**: (**وبطعامها وكسوتها**) أي ولم يزد على ذلك ويكون لها الوسط منه استحساناً وإنما يجب الوسط إذا لم يوصف، لأن البدل إذا ثبت في الذمة مطلقاً وجب الوسط منه كالمهر والدية اهـ وكتب ما نصه قال الإتقاني: يعني إذا استأجر الظئر على طعامها وكسوتها ولم يزد على ذلك جاز ويكون لها الوسط من ذلك استحساناً عند أبي حنيفة وقالا: لا يجوز وهو القياس وهو قول الشافعي، قال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة: في الرجل يستأجر الظئر بطعامها وكسوتها قال: جائز أستحسن ذلك، وقال محمد ويعقوب: لا يجوز وإن سمى الطعام دراهم وسمى الكسوة فوصف جنسها وضربها وأجلها وذرعها فهو جائز إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير، وجه قولهما أن هذا بدل عن المنفعة لأنه عقد معاوضة فلا يصح مع الجهالة لأن الجهالة مانعة من الصحة كما في سائر عقود الإجارات والمعاوضات اهـ **قوله**: (**وله أن الجهالة**) أي ليست بمانعة لذاتها بل لكونها مفضية إلى المنازعة والجهالة اهـ غاية.

بخلاف الطبخ والخبز وغير ذلك لأن الجهالة فيها تفضي إلى المنازعة لجريان المماكسة والمضايقة فيها، وفي المحيط لو شرطت طعامها وكسوتها عند ستة أشهر وشرطت دراهم مسماة/ عند الفطام ولم تضف شيئاً من ذلك جاز استحساناً من غير [٩٨/أ/٣] بيان عند أبي حنيفة رحمه اللّه والمعنى ما بيناه. وفي الجامع الصغير فإن سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة وأجلها وذرعها جاز أي بالإجماع، وقالوا: معنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الأجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه دراهم فيكون معناه على هذا التقدير إن سمي بدل الطعام دراهم حذف المضاف وأقام المضاف إليه مقامه لكن لا يفهم منه أنه أعطى بدل الدراهم طعاماً، وإنما يفهم منه أنه سمى بدل الطعام دراهم لا غير، ولو سمى الطعام وبين قدره ووصفه جاز بالإجماع لزوال الجهالة، ولا يشترط تأجيله لأن المقدّرات الموصوفة في الذمة أثمان ولا يشترط في الثمن أن يكون مؤجلاً بل يجوز حالاً ومؤجلاً **ويشترط بيان مكان الإيفاء عند أبي حنيفة** رضي اللّه عنه خلافاً لهما وقد بيناه في السلم، **وفي الكسوة يشترط بيان الأجل** أيضاً مع بيان الجنس والقدر لأنها لا تثبت موصوفاً في الذمّة إلا سَلْماً فيشترط فيها شرائط السَلم.

قال رحمه اللّه: (**ولا يمنع الزوج من وطئها**) لأنه حقه فلا يتمكن المستأجر من إبطاله ولهذا كان للزوج أن يفسخ الإجارة إذا لم يكن يعلم بها سواء كان يشينه إجارتها بأن كان وجيهاً بين الناس أو لم يشنه في الأصح لما أن له أن يمنعها من الخروج وأن يمنع الصبي الدخول عليها ولأن الإرضاع والسهر بالليل يضعفها ويذهب جمالها فكان له المنع منه. كما يمنعها من الصيام تطوّعاً لكن إذا ثبتت الزوجية بإقرارهما ليس له أن يفسخ الإجارة لأنهما لا يصدّقان في حق المستأجر، كما إذا أقرّت المنكوحة المجهولة بالرق لإنسان تصير رقيقاً ولا تصدّق في حق بطلان النكاح **ولكن للمستأجر منع زوجها من دخول بيته** لأن المنزل له.

قال رحمه اللّه: (وإن مرضت أو حبلت فسخت) **أي إذا حبلت المرضعة أو**

قوله: (ويشترط بيان مكان الإيفاء عند أبي حنيفة) أي لأن له حملاً ومؤنة اهـ غاية. **قوله: (وفي الكسوة يشترط بيان الأجل)** قال الإتقاني: وأما الكسوة فلا بدّ من بيان الأجل فيها لأنها لا تصلح ثمناً بكل حال. **قوله في المتن: (ولا يمنع الزوج من وطئها)** قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي رحمه اللّه في شرح الكافي: وإن كان الزوج رضي بالإجارة فأرادوا منعه من غشيانها مخافة الحبل ليس لهم ذلك لأن هذا ضرر موهوم والمنع من الوطء ضرر متحقق وتحمل الضرر الناجز لدفع ضرر موهوم أمر لم يرد به الشرع اهـ إتقاني. **قوله: (ولكن للمستأجر منع زوجها من دخول بيته)** فإن لقيها في منزله فله غشيانها ولا يسع الظئر أن تمنعه

مرضت تفسخ الإجارة لأن لبن الحبلى والمريضة يضرّ بالصغير وهي يضرّها أيضاً الرضاع فكان لها ولهم الخيار دفعاً للضرر عنها وعن الصبي وهذا لأن هذا إجارة والإجارة تفسخ بالأعذار، وكذا لو تقيأ لبنها لأهله الفسخ لأن ذلك يضرّ بالصبي. وكذا إذا كانت سارقة لأنهم يخافون على متاعهم وعلى حلي الصبي. **وكذا إذا كانت فاجرة** بائناً فجورها **لأنها تشتغل عنه بالفجور** بخلاف ما إذا كانت كافرة لأن كفرها في اعتقادها ولا يضر ذلك بالصبي. وقال في النهاية: **ولا يبعد أن يقال: عيب الفجور** في هذا فوق عيب الكفر، ألا ترى أنه كان في نساء بعض الرسل كامرأتي نوح ولوط عليهما السلام وما بغت امرأة نبي قط هكذا قال عليه الصلاة والسلام. وكذا إذا كان الصبي لا يأخذ ثديها كان لهم أن يفسخوا الإجارة، وللظئر أيضاً أن تفسخ الإجارة إذا كان يحصل لها الأذى منهم. **وكذا إذا لم تجر لها عادة** بإرضاع ولد غيرها لأنها ربما لا تعرف عند ابتداء العقد ما تبلى به من المقاساة والسهر فإذا جرّبت ذلك وعرفت أنها تتضرر به كان لها الفسخ. وكذا إذا عيروها به كان لها الفسخ لأنها تتضرر به على ما قيل: تجوع الحرّة ولا تأكل بثديها. ولو مات الصبي أو الظئر انتقضت الإجارة، ولو مات أبو الصبي لا تنتقض لأن الإجارة واقعة للصبي لا للأب سواء كان له مال أو لم

نفسها ولا يسع أهل الصبي أن يمنعوها من ذلك اهـ غاية. **قوله: (إذا حبلت المرضعة أومرضت تفسخ الإجارة)** قال الكرخي في مختصره: وليس للظئر ولا للمسترضع أن يفسخ الإجارة إلا من عذر اهـ غاية. **قوله: (ولهم الخيار)** أي لأهل الصبي اهـ **قوله: (وكذا إذا كانت فاجرة)** أي زانية اهـ **قوله: (لأنها تشتغل عنه بالفجور)** أي عن حفظ الصبي اهـ غاية. **قوله: (ولا يبعد أن يقال: عيب الفجور الخ)** قال في التيسير وقوله تعالى: ﴿ضرب اللّه مثلاً للذين كفروا امرأة نوح وامرأة لوط﴾ [التحريم: ١٠] أي: بيّن اللّه تعالى للكافرين تنبيهاً أنهم لا ينفعهم الوصلة بالنكاح وغيره مع اختلاف الدين وفيه نوع تنبيه لأزواج النبي صلى اللّه عليه وسلم أن وصلتهن مع النبي صلى اللّه عليه وسلم لا تغنيهنّ من اللّه شيئاً إذا عصين وخالفن الأمر. وقوله تعالى: ﴿كانتا تحت عبدين﴾ [التحريم: ١٠] أي في نكاح عبدين صالحين من عبادنا استصلحناهما للنبوّة والرسالة فخانتاهما أي في الدين أي كفرتا ولم يسلما ولم ينصحا للرسولين بالمساعدة على الإسلام. وقيل: كانتا منافقتين. وقال ابن عباس: فخانتاهما بالنفاق ولم تفجر امرأة نبي قط اهـ **قوله: (وكذا إذا لم تجر لها عادة الخ)** قال في شرح الكافي: ولا يسع الظئر أن تطعم أحداً من طعامهم بغير أمرهم لأن الثابت لها حق الأكل دون الإطعام فإن زارها أحد من ولدها فلهم أن يمنعوه من الكينونة عندها، ولهم أن يمنعوها من الزيادة إذا كانت تضر بالصبي لأنها تخل بايفاء المستحق بالعقد وما كان من ذلك لا يضر بالصبي فليس لهم منعها لأن صلة الأقارب واجبة فلا يجوز الإخلال بها اهـ

[٩٨ ب/٣] يكن، ولهذا لو كان للصبي مال تجب الأجرة/ من ماله إذ هي كالنفقة ولو سافرت الظئر أو أهل الصبي تفسخ الإجارة لأنه عذر **إلا إذا خرج الآخر معه**.

قال رحمه الله: **(وعليها إصلاح طعام الصبي)** لأن خدمة الصبي واجب عليها وهذا منه عرفاً وهو معتبر فيما لا نص فيه وغسل ثيابه منه والطعام والثياب على الوالد. وما ذكره محمد رحمه الله من أن الدهن والريحان على الظئر فهو على عادة أهل الكوفة.

قال رحمه الله: **(فإن أرضعته بلبن شاة فلا أجر)** لأنها لم تأت بالعمل الواجب عليها وهو الإرضاع وهذ إيجار وليس بإرضاع وهو غير ما وقع عليه عقد الإجارة. وفي المحيط لو استأجر شاة لترضع جدياً أو صبياً لا يجوز لأن للبن البهائم قيمة فوقعت الإجارة عليه وهو مجهول فلا يجوز. وليس للبن المرأة قيمة فلا تقع الإجارة عليه **وإنما تقع على فعل الإرضاع** والتربية والحضانة.

غاية. **قوله: (إلا إذا خرج الآخر معه)** قال الكرخي في مختصره: وليس لهم أن يحبسوا الظئر في منزلهم إذا لم يشرطوا ذلك عليها، ولها أن تأخذه إلى منزلها وهي مأمونة عليه وفيما عليه من حلي أو كسوة إن سرق منه شيء لم تضمنه اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (وعليها إصلاح طعام الصبي)** قال الإتقاني نقلاً عن الكرخي: فإن كان الصبي يأكل الطعام فليس على الظئر أن تشتري له الطعام وذلك كله على أهله وعليها أن تهيأة له اهـ **قوله في المتن: (فإن أرضعته بلبن شاة فلا أجر)** قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: ولو استأجر ظئراً ترضع صبياً في بيتها فجعلت توجره بلبن الغنم وتغذوه بكل ما يصلحه حتى استكمل الحولين ولها لبن لم ترضعه منه بشيء أو ليس لها لبن فلا أجر لها لأنها لم ترضعه أشار إلى أن الإرضاع ما يقع بلبن الآدمي وما وراءه يكون إطعاماً ولا يكون إرضاعاً فلم تأت بالمستحق عليها فلا تستحق الأجر فإن جحدت ذلك وقالت: أرضعته فالقول قولها مع يمينها لأن الظاهر أن الصبي لا يبقى إلا إذا أرضع بلبن الآدمي فكان القول قولها إلا أن تقوم البينة على خلاف ذلك فيؤخذ بها لأنها أقوى، وإن أقاما جميعاً البينة أخذت بينتها لأنها تثبت استحقاق الأجر عليه، وإن استأجرت له ظئراً فإن أرضعته كان مثل هذا القياس ولكني أستحسن أن يكون لها الأجر، وجه القياس أن المعقود عليه إرضاعها وقد فقد. وجه الاستحسان أن المعقود عليه فعل الإرضاع فإذا أتت به نفسها أو بنائبها تستحق الأجرة كما في الخياطة وأشباهها وتتصدّق بالفضل لأنها أخذت زيادة لا على عمل منها اهـ غاية. **قوله: (وإنما تقع على فعل الإرضاع الخ)** قال شيخي صاحب النهاية: يجوز أن يكون هذا الحكم غير مسلم عن صاحب المبسوط. فإن قيل: ذكر في المبسوط لو ضاع الصبي في يدها أو وقع فمات أو سرق من حلي الصغير أو من متاعه أو ثيابه في يدها لم تضمن الظئر

قال رحمه اللّه: (ولو دفع غزلاً لينسجه بنصفه أو استأجره ليحمل طعامه بقفيز منه أو ليخبز له كذا اليوم بدرهم لم يجز) لأنه في الأولى والثانية جعل الأجر بعض ما

لأنها بمنزلة الأجير الخاص لورود العقد على منافعها في المدّة، بخلاف الأجير المشترك على قول من يضمنه. وذكر في الذخيرة لو آجرت الظئر نفسها من قوم آخرين ترضع صبياً لهم ولم يعلم بذلك أهلها الأوّلون حتى يفسخوها فأرضعت كل واحد منهما وفرغت فقد أثمت وهذه جناية منها ولها الأجر كاملاً على الفريقين، وهذه تدل على أنها كالأجير المشترك وإلا لما وجب الأجر كاملاً ولو وجب الأجر كاملاً ينبغي أن لا تأثم، قلنا: الوجه أن أجير الوحد في الرضاع يشبه الأجير المشترك من حيث إنه يمكنه إيفاء العمل لكل واحد منهما كما في الخياط. ثم لو كانت أجير وحد حقيقة لم تستحق الأجر كاملاً فلشبهها بالأجير المشترك تستحق الأجر كملاً ولشبهها بأجير الوحد تأثم كذا قرره شيخي صاحب النهاية اهـ قال الإتقاني: ثم الظئر إذا استؤجرت للرضاع هل هي أجير وحد أو أجير مشترك؟ تكلم المشايخ فيها قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي الذي هو مبسوطه: والمسائل متعارضة في هذا الباب بعضها يدل على أنها في معنى أجير الوحد وبعضها يدل على أنها في معنى الأجير المشترك والصحيح أنه إن دفع الولد إليها لترضعه فهي أجير مشترك، وإن حملها إلى منزله فهي أجير وحد. وقال الكرخي في مختصره: والظئر بمنزلة الأجير الخاص وليس لها أن تؤجر نفسها من غير الأوّلين اهـ **قوله في المتن: (ولو دفع)** بلا ضمير كذا في خط الشارح رحمه اللّه وفي بعض نسخ المتن ولو دفعه بالضمير اهـ وكتب على قوله في المتن ولو دفع غزلاً إلخ ما نصه: قال في شرح الإتقاني قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل دفع غزلاً إلى حائك يحوكه ثوباً على النصف قال: هذا باطل وله أجر مثل والثوب لصاحب الغزل إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير. قالوا في شروح الجامع الصغير: وكذا إذا استأجر حماراً أو رجلاً يحمل طعاماً بقفيز منه محمولاً. وكذا لو استأجر طحاناً يطحن طعاماً بقفيز دقيق فالإجارة فاسدة ويجب أجر المثل. قال الفقيه أبو الليث: هذا الذي ذكره محمد قول علمائنا المتقدّمين وكان مشايخ بلخ يجيزون ذلك مثل نصير بن يحيى ومحمد بن سلمة. وقال في خلاصة الفتاوى: رجل دفع إلى حائك غزلاً وأمره بأن ينسج له ثوباً وبين صفته على أن ثلثه أو ربعه للحائك أجراً لعمله لم يجز. وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي رحمه اللّه يفتي بجوازه بنسف بحكم العرف. قال: والفتوى على جواب الكتاب إلى هنا لفظ الخلاصة. وقال في كتاب الحرث من صحيح البخاري قال إبراهيم وابن سيرين وعطاء والحكم والزهري وقتادة: لا بأس أن يعطي الثوب بالثلث والربع ونحوه، أما فساد الإجارة في هذه المسائل فلوجهين: أحدهما أنه جعل الأجر شيئاً معدوماً وهو بعض الثوب وبعض الطعام المحمول والأجر يجب أن يكون موجوداً عيناً كان أو ديناً فكان في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي

يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى عنه عليه الصلاة والسلام وهو أن يستأجر ثوراً ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه **فصار هذا أصلاً يعرف به** فساد جنسه. والمعنى فيه أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر لأنه بعض ما يخرج من عمل الأجير والقدرة على التسليم شرط لصحة العقد وهو لا يقدر بنفسه إنما يقدر بغيره فلا يعدّ قادراً ففسد، ولأنه جعل الأجر شيئاً لا يمكن تسليمه إلا بعمل الأجير العمل الذي يجب عليه بحكم العقد فتكون القدرة التي هي شرط العقد قائمة بحكم

صلى اللّه عليه وسلم عنه، وصورته أن يدفع حنطة إلى طحان يطحنها بقفيز من دقيق هذه الحنطة وقد روينا في أوائل كتاب الإجارة عن كتاب الآثار مسنداً إلى رافع بن خديج عن أبيه عن النبي صلى اللّه عليه وسلم «أنه مرّ بحائط فأعجبه فقال: لمن هذا فقال: لي يا رسول اللّه استأجرته. فقال: لا تستأجره بشيء منه»[١] والثاني: أن العمل لحكم هذه الإجارة إن صادفت محلاً غير مشترك بينه وبين المستأجر في الابتداء ففي الانتهاء صادفت محلاً مشتركاً لأنه إذا عمل صار شريكاً، ولو وقع العمل ابتداء وانتهاء في محل مشترك كما لو استؤجر لحمل طعام مشترك أو لطحن حنطة مشتركة بينه وبين الطحان لم ينعقد العقد أصلاً حتى لا يجب الأجر فإذا صادف محلاً غير مشترك ابتداء ومشتركاً كانتهاء لا يمنع الانعقاد ويمتنع وصف الصحة، ثم إذا فسدت الإجارة على جواب الكتاب كان للعامل أجر المثل لأنه لم يرض بعمله مجاناً فإذا سلم عمله ولم يسلم له المسمى كان له أجر المثل لكن لا يجاوز به قيمة المسمى، لأن العامل رضي بذلك القدر فلا يستوجب الزيادة وفي الإجارة الفاسدة لا يزاد على قيمة المسمى إلا إذا كان الفساد لجهالة المسمى بأن سمى الأجر دابة أو ثوباً فحينئذ يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ. وكذا إذا فسدت الإجارة لفوات شرط مرغوب فيه من جهة الأجير كما لو آجر داره كل شهر بعشرة دراهم على أن يعمرها ويؤدّي نوائبها فسدت الإجارة، فإن لم يعمرها المستأجر ولم يؤد نوائبها يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ ولا ينقص عن المسمى، وكذلك لو قال: آجرتك هذه الدار شهراً بعشرة على أن لا تسكنها فسدت هذه الإجارة فإن سكنها يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ يزاد على المسمى ولا ينقص منه. وهذا أيضاً يرجع إلى جهالة المسمى في الحقيقة كذا قال فخر الدين قاضيخان وإنما كان الثوب لصاحب الغزل لأنه صاحب الأصل، وأما مشايخ بلخ فإنما جوّزوا ذلك لأن الناس تعاملوا بذلك حيث احتاجو إليه ووجدوا له نظيراً وهو المزارعة والمعاملة اهـ إتقاني. **قوله: (فصار هذا أصلاً يعرف به الخ)** قال في الهداية: وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الإجارات. قال الإتقاني: أي جعل الأجر بعض ما يخرج من عمل الأجير أصل عظيم يعرف به حكم كثير من الإجارات كما إذا استأجره ليعصر له قفيز سمسم

---

(١) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٤/ ٢٦٣).

العقد فتصير بمنزلة حكم العقد والشرط لا يصلح حكماً فكذا لا يصلح قائماً به فإذا نسج أو حمل فله أجر مثله لا يجاوز به المسمى بخلاف ما إذا استأجره ليحمل له نصف هذا الطعام بنصفه الآخر حيث لا يجب له شيء من الأجر لأن الأجير فيه ملك النصف في الحال بالتعجيل فصار الطعام مشتركاً بينهما في الحال، ومن حمل طعاماً مشتركاً بينه وبين غيره لا يستحق الأجر لأنه لا يعمل شيئاً لشريكه إلا ويقع بعضه لنفسه فلا يستحق الأجر هكذا قالوا وفيه إشكالان، أحدهما: أن الإجارة فاسدة والأجرة لا تملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سواء كان عيناً أو ديناً على ما بيناه من قبل **فكيف ملكه هنا من غير تسليم** ومن غير شرط التعجيل. **والثاني: أنه قال: ملكه في الحال**. وقوله: لا يستحق الأجر ينافي الملك لأنه لا يملكه إذا ملكه إلا بطريق الأجرة فإذا لم يستحق شيئاً فكيف يملكه وبأي سبب يملكه وكان مشايخ بلخ **والنسفي** يجيزون حمل الطعام ببعض المحمول ونسج الثوب ببعض المنسوج لتعامل أهل بلادهم بذلك، وقالوا: من لم يجوّزه إنما لم يجوزه بالقياس على قفيز الطحان والقياس يترك بالتعارف، ولئن قلنا: إن النص يتناوله دلالة فالنص يختص بالتعامل، ألا ترى أن الاستصناع ترك القياس فيه وخص عن القواعد الشرعية بالتعامل ومشايخنا رحمهم الله لم يجوزّوا هذا التخصيص لأن ذلك تعامل أهل بلدة واحدة وبه لا يخص الأثر بخلاف الاستصناع، فإن التعامل به جرى في كل البلاد وبمثله يترك القياس ويخص الأثر **والحيلة في جوازه أن يشترط قفيزاً مطلقاً** من غير أن يشترط أنه من المحمول أو من المطحون فيجب في ذمة المستأجر ثم يعطيه منه، ثم الأصل فيه أنه متى ما جعل المستأجر المحمول كله/ لنفسه وشرط له الأجر من المحمول فسدت [٩٩ أ/٣] الإجارة فإذا عمل الأجير استحق أجر المثل كمسألة الكتاب المذكورة، ومتى ما جعل

بمنّ من دهنه، وكذلك إذا دفع أرضه ليغرس شجراً على أن يكون الأرض والشجر بينهما نصفين لم يجز والشجر بينهما نصفين لم يجز والشجر لرب الأرض وعليه قيمة الشجر وأجر ما عمل كذا في الشامل، وكذا إذا استأجره ليغزل هذا القطن أو هذا الصوف برطل من غزله وعلى هذا اجتناء القطن بالنصف ودياس الدخن بالنصف وحصاد الحنطة بالنصف ونحو ذلك كله لا يجوز اهـ **قوله**: (**فكيف ملكه هنا من غير تسليم**) الفرض أنه وجد التسليم لأنه بمجرد الحمل وجد التسليم اهـ قارئ الهداية رحمه الله. **قوله**: (**والثاني أنه قال: ملكه في الحال**) أي: على تقدير الصحة اهـ **قوله**: (**والنسفي**) هو أبو علي أستاذ الحلواني اهـ **قوله**: (**والحيلة في جوازه أن يشترط قفيزاً مطلقاً الخ**) قال الإتقاني رحمه الله قالوا: والحيلة في جواز قفيز الطحان أن يشترط صاحب الحنطة قفيزاً من الدقيق الجيد ولا يقول: من هذه الحنطة لأن الدقيق إذا لم يكن مضافاً إلى حنطة بعينها يجب في الذمة ثم إذا طحن يعطيه صاحب

المحمول بعضه له والبعض الباقي أجرة بطلت الإجارة، وإن حمل لا يستحق شيئاً لأنه ملكه بالعقد وفي الأوّل لم يملكه على ما بينا. **وفي الثالث: وهو ما إذا استأجره ليخبز له** كذا اليوم بدرهم فلأن المعقود عليه مجهول لأن ذكر الوقت يوجب كون المعقود عليه هي المنفعة، وذكر العمل مع تقدير الدقيق يوجب كون العمل هو المعقود عليه ولا ترجيح لأحدهما على الآخر فنفع المستأجر في وقوعها على العمل لأنه لا يستحق الأجر إلا بالعمل لكونه أجيراً مشتركاً، ونفع الأجير في وقوعها على المنفعة لأنه يستحق الأجرة بمضي المدّة عمل أو لم يعمل ففسد العقد وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه وقالا: إن الإجارة جائزة ذكر قولهما في كتاب الإجارة من المبسوط ولم يذكره في الجامع الصغير، ويكون العقد على العمل دون اليوم حتى إذا فرغ منه نصف النهار فله الأجر كاملاً، وإن لم يفرغه في اليوم فعليه أن يعمله في الغد لأن المعقود عليه هو العمل لأنه المقصود وهو معلوم وذكر اليوم للتعجيل فكأنه استأجره للعمل على أن يفرغ منه في أوّل أوقات الإمكان فيحمل عليه تصحيحاً للعقد عند تعذر الجمع بينهما، ويرجح بكون العمل مقصوداً دون الوقت وتقدير المعمول يدل عليه لأن الإجارة إذا وقعت على المنفعة لا تقدّر بالعمل وإنما تقدّر بالوقت. **وعن أبي حنيفة رحمه اللّه** أنه إذ سمى عملاً وقال: في اليوم جازت الإجارة لأن كلمة في للظرف لا لتقدير المدّة فلا يقتضي الاستغراق فكان المعقود عليه العمل وهو معلوم بخلاف ما إذا حذفت فإنه يقتضي الاستغراق وقد مرّ نظيره في الطلاق في قوله: أنت طالق غداً أو في الغد. ولو استأجره ليخبز له كذا من الدقيق على أن يفرغ منه اليوم يجوز بالإجماع والفرق لأبي حنيفة رحمه اللّه أن اليوم هنا لم يذكره إلا لإثبات صفة في العمل والصفة تابعة للموصوف غير مقصودة بالعقد، ألا ترى أنه لو اشترى عبداً على أنه خباز أو كاتب لم تكن الكتابة والخبز معقوداً عليهما مقصوداً حتى لا يقابله شيء

الحنطة من الدقيق إن شاء فيجوز اهـ **قوله: (وفي الثالث وهو ما إذا استأجره ليخبز له إلخ)** قال الحاكم الشهيد في الكافي: وإذا استأجر الرجل رجلاً يعمل له عملاً معلوماً اليوم إلى الليل بدرهم خياطة أو صباغة أو خبزاً أو غير ذلك فالإجارة فاسدة عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: نجيزها استحساناً ونجعل الإجارة على العمل دون اليوم اهـ إتقاني. (فرع) قال في المختلف: والحصر وكذلك لو استأجر دابة من الكوفة إلى بغداد ثلاثة أيام فهو على هذا الاختلاف اهـ إتقاني. **قوله: (وعن أبي حنيفة الخ)** قال الإتقاني وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وذكر هشام عن محمد أنه قال في قول أبي حنيفة: إذا قال استأجرتك لهذا العمل هذا اليوم فالإجارة فاسدة، ولو قال في هذا اليوم فالإجاره جائزة قال: والمعنى في ذلك أنه إذا قال: هذا اليوم جعل اليوم مدة الإجاره، وإذا قال: في هذا اليوم لم يجعل اليوم مدة

من الثمن. وأما في مسألة الكتاب ذكر اليوم قصداً كالعمل وقد أضيف العقد إليهما على السواء وليس أحدهما في جعله معقوداً عليه بأولى من الآخر لاختلاف أغراض المستأجرين ورغباتهم لأن منهم من يميل إلى الوقت طمعاً في زيادة العمل، ومنهم من يميل إلى العمل خوفاً من بطالة العامل ومضي الوقت بلا عمل. وقد تختلف أغراض الأجراء أيضاً. فمنهم من يميل إلى العمل كي يفرغ منه بالعجلة ويشتغل بعمل آخر أو يستريح. ومنهم من يميل إلى الوقت كي يستحق الأجرة وإن لم يعمل فلا يترجح أحدهما على الآخر ففسد.

قال رحمه الله: (**وإن استأجر أرضاً على أن يكربها** ويزرعها أو يسقيها ويزرعها صح) لأنه شرط يقتضيه العقد لأن الزراعة مستحقة بالعقد ولا تتأتى الزراعة إلا بالسقي والكراب فكان العقد مقتضياً له فلا يفسد.

قال رحمه الله: (وإن شرط أن يثنيها أو يكري أنهارها أو يسرقنها أو يزرعها بزراعة أرض أخرى لا كإجارة السكنى بالسكنى) **لأن أثر التثنية وكري الأنهار** والسرقنة يبقى بعد انقضاء مدّة الإجارة فيكون فيه نفع صاحب الأرض وهو شرط لا يقتضيه العقد فيفسد كالبيع، ولأن مؤجر الأرض يصير مستأجراً منافع الأجير على وجه يبقى بعد المدّة/ [٩٩ ب/٣] فيصير صفقة [في صفقة][(١)] وهو مفسد أيضاً لكونه منهياً عنه حتى لو كان بحيث لا يبقى لفعله أثر بعد المدّة بأن كانت المدّة طويلة أو كان الريع لا يحصل إلا به لا يفسد اشتراطه، لأنه مما يقتضيه العقد لأن من الأراضي ما لا يخرج الريع إلا بالكراب مراراً وبالسرقنة وقد يحتاج إلى كري الجداول ولا يبقى أثره إلى القابل عادة بخلاف كري الأنهار لأن أثره يبقى إلى القابل عادة، وفي لفظ الكتاب إشارة

ولكن جعل اليوم ظرفاً لهذا العمل اهـ **قوله في المتن: (وإن استأجر أرضاً على أن يكربها)** كربت الأرض أكربها كرباً وكراباً إذا أثرتها للزرع وفي المثل الكراب على البقر أي لا تكرى الأرض إلا بالبقر، يعنون أن ممارسة كل أمر جرب بآلته. وفي لفظ المثل خلاف يعرف في المستقصى وكري النهر حفره اهـ غاية. **قوله: (لأن أثر التثنية وكري الأنهار الخ)** والأصل هنا أن ما كان ملائماً للعقد لا يكون مفسداً له ثم بعد ذلك نقول: إنما تستأجر الأراضي لمنفعة المستأجر خاصة فكل فعل ينتفع به المستأجر خاصة كالكراب والزراعة والسقي يكون ملائماً للعقد، وكل فعل ينتفع به المؤجر خاصة يكون مخالفاً للعقد مفسداً له كشرط إبقاء السرقين وردّ الأرض مكروبة وهو أحد تأويلي التثنية وتكرار الكراب وهو التأويل الآخر في التثنية. قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير: أما التثنية وهي أن يردّها مكروبة عند البعض وأن يكربها مرتين عند البعض وهو الصحيح فلأنه شرط لا

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

إليه حيث قال: كري الأنهار لأن مطلقه يتناول الأنهار العظام دون الجداول واستئجار الأرض ليزرعها بأرض أخرى ليزرعها الآخر بكون بيع الشيء بجنسه نسيئة وهو حرام لما عرف في موضعه، وكذا السكنى بالسكنى أو الركوب بالركوب إلى غير ذلك من المنافع وإليه أشار محمد رحمه اللّه حين كتب إليه محمد بن سماعة لم **لا يجوز إجارة سكنى دار بسكنى دار** بقوله في جوابه له في الكتاب: أنك أطلت الفكرة وأصابتك الحيرة **وجالست الحنائي** فكانت منك زلة أما علمت أن إجارة السكنى بالسكنى **كبيع القوهي بالقوهي نسيئة** وهذا مشكل على القاعدة، فإنه لو كان كذلك لما جاز بخلاف الجنس أيضاً لأن الدين بالدين لا يجوز وإن كان بخلاف الجنس، ولأن العقد على المنافع ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها على ما بينا من القاعدة فقبل وجودها لا ينعقد عليها العقد فإذا وجدت فقد استوفيت فلم يبق ديناً فكيف يتصوّر فيها النسيئة فعلم بذلك أن الاحتجاج به غير مخلص، والأولى أن يقال: أن الإجارة أجيزت على خلاف القياس للحاجة ولا حاجة إلى استئجار المنفعة بجنسها لأنه يستغني بما عنده منها فبقي على الأصل فلا يجوز ولا كذلك عند اختلاف الجنس لأن حاجة كل واحد منهما إلى المنفعة التي ليست عنده باقية. ثم لو استوفى أحدهما المنفعة عند اتحاد الجنس فعليه أجر المثل في ظاهر الرواية. وذكر الكرخي عن أبي يوسف رحمه اللّه أنه لا شيء عليه لأن تقوّم المنفعة بالتسمية والمسمى بمقابلة المستوفي منفعة وهي ليست بمال متقوّم. وجه ظاهر الرواية أنه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد فصار كما إذا لم يسم الأجر. وعند الشافعي رحمه اللّه يجوز استئجار المنفعة بجنسها لأن المنفعة جعلت موجودة عنده فيكون بيع الموجود بالموجود.

يقتضيه العقد ولأحد المتعاقدين فيه منفعة فصار مفسداً اهـ إتقاني مع حذف. **قوله: (لم لا يجوز إجارة سكنى دار بسكنى دار الخ)** قال الشارح رحمه اللّه في كتاب القسمة عند قول المصنف رحمه اللّه دور مشتركة ما نصه. قال في إجارة الأصل: أن إجارة الدار بمنافع الحانوت لا تجوز اهـ **قوله: (وجالست الحنائي)** الحنائي رجل متهم في دينه كذا نقل من حاشية بخط الإتقاني رحمه اللّه اهـ **قوله: (الحنائي)** اسم رجل محدث ينكر الخوض على ابن سماعة في هذه المسألة ومحمد رحمه اللّه جعل مجالسته إياه زلة، هذا كله شطب عليه الشيخ الشلبي رحمه اللّه بالأحمر وهي حاشية كتبها الشارح على هامش نسخته اهـ **قوله: (كبيع القوهي بالقوهي نسيئة)** يعني أن بيع القوهي بالقوهي نَساء إنما لم يجز لأن أحد وصفي علة الربا كاف لحرمة النَساء وهو الجنس في القوهي فكذا في المنافع إذا اتفقت وجد الجنس فيحرم النَساء وهذا هو المراد من قوله في المتن إلى هذا أشار محمد رحمه **اللّه**، بيان ذلك أن المنافع لا تملك للحال بل على تقدير وجودها شيئاً فشيئاً فمتى تحقق

قال رحمه الله: (ولو استأجره لحمل طعام بينهما فلا أجر له كراهن استأجر الرهن من المرتهن) أي: لو استأجر أحد الشريكين صاحبه لحمل طعام مشترك بينهما لا يستحق الأجر لا المسمى ولا أجر المثل. **وقال الشافعي رحمه الله: تجوز الإجارة وله المسمى** لأن الإجارة بيع المنافع فتجوز في الشائع كبيع الأعيان خصوصاً على أصله لأن المنفعة كالعين عنده فصار كما إذا استأجر داراً مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام أو عبداً مشتركاً ليخيط له الثياب. ولنا أن العقد ورد على ما لا يمكن تسليمه لأن العقود عليه حمل النصف شائعاً وذلك غير متصوّر **لأن الحمل فعل حسي لا يتصوّر وجوده في الشائع**، ولهذا يحرم وطء الجارية المشتركة وضربها لأنهما فعلان حسيان لا يتصوّر وجودهما في الشائع ولو تصوّر لماحرم بخلاف البيع لأنه تصرف شرعي فيحتمل وروده على الشائع وإذا لم ينعقد لا يجب الأجر أصلاً، ولأنه ما من جزء يحمله له إلا وهو شريك فيه فيكون عاملاً لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه لأن كونه عاملاً لنفسه يمنع تسليم عمله إلى غيره وبدون التسليم لا يجب الأجر بخلاف الدار المشتركة لأن المعقود/ عليه هناك المنفعة ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام [وبخلاف العبد][(١)] المشترك لأن المعقود عليه إنما هو ملك نصيب صاحبه وأنه أمر حكمي يمكن إيقاعه في الشائع، وبخلاف إجارة المشاع عند أبي حنيفة رحمه الله حيث يجب فيه أجر المثل لأن فساد العقد فيه للعجز عن التسليم على الوجه الذي أوجبه العقد على ما بينا لا لانعدام الاستيفاء أصلاً، فإذا تحقق استيفاء المعقود عليه [وجب الأجر وفيما نحن فيه بطلان العقد لتعذر استيفاء المعقود عليه][(٢)] أصلاً من حيث أنه عامل لنفسه ولا يتصوّر أن يكون فيه عاملاً لغيره في تلك الحالة، وقوله: كراهن استأجر الرهن من المرتهن يعني لا يجوز استئجار الشريك هنا كما لا يجوز للراهن استئجار الرهن لأنه ملكه والمرتهن ليس بمالك حتى يؤجر منه، وهذا لأن حقيقة الإجارة هي تمليك المنافع بعوض والمرتهن غير مالك للمنافع فلا يملك تمليكها إذ التمليك من غير المالك محال، والراهن إنما يتمكن من الانتفاع

[١٠٠/أ/٣]

التأخير ثبت معنى النَساء اهـ إتقاني. **قوله: (وقال الشافعي: تجوز الإجارة وله المسمى)** أي: لأنه إجارة ببدل معلوم لعمل معلوم في محل هو ملك المستأجر وقد أرضاه الأجير فيجب الأجر اهـ غاية. **قوله: (لأن الحمل فعل حسي لا يتصوّر وجوده في الشائع)** أي لأنه لا يمتاز نصيب المستأجر من نصيب العامل وكل جزء فرضته في الشائع فللعامل فيه نصيب فيكون عاملاً في ذلك الجزء لنفسه لا للمستأجر، والمستأجر إنما استأجره ليعمل له لا لنفسه ولا

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

به من حيث أنه مالك له إذْ الملك هو المطلق للتصرف إلا أنه ممنوع عنه بسبب ما تعلق به [حق المرتهن فإذا بطل حقه بالإيجار له صار منتفعاً به على أنه ملكه][(١)] لزوال المانع.

قال رحمه اللّه: (**ومن استأجر أرضاً** ولم يذكر أنه يزرعها أو أيّ شيء يزرعها فزرعها فمضى الأجل فله المسمى) لأن الأرض تستأجر للزراعة و لغيرها من البناء والمراح ونصب الخيم، وكذا ما يزرع فيها مختلف فبعضه أقل ضرراً بها من بعض فلا يجوز حتى يبين أنه يزرعها ويبين جنس ما يزرع فيها، فإن زرعها ومضى الأجل جاز استحساناً، والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر لأنه وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً. وجه الاستحسان أن الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزاً **كما إذا أسقط الأجل المجهول** قبل مجيئه والخيار الزائد على ثلاثة أيام قبل مجيء اليوم الرابع وهما على الخلاف.

قال رحمه اللّه: (**وإن استأجر حماراً** إلى مكة ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق لم يضمن) لأن العين أمانة في يد المستأجر وإن كانت الإجارة

أجر للعامل لنفسه اهـ **قوله في المتن: (ومن استأجر أرضاً الخ)** هذه المسألة من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يؤاجر الأرض ولم يسم أنه يزرع فيها شيئاً قال: الإجارة فاسدة فإن اختصما قبل أن يعمل فيها أفسدتها، وإن زرعها ومضى الأجل فله الأجر الذي سمي إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وكان القياس أن يذكر هذه المسألة في أوّل ما يجوز من الإجارة عند ذكر مسألة القدوري وهي قوله: ويجوز استئجار الأراضي للزراعة ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها ولكن مع هذا لا تحمل المسألة على التكرار لأن في مسألة الجامع الصغير فائدة وهي قوله: وإن زرعها ومضى الأجل فله الأجر الذي سمي اهـ إتقاني. **قوله: (كما إذا أسقط الأجل المجهول)** قال الإتقاني: كما قلنا فيمن باع شيئاً إلى الحصاد أو الدياس ثم أسقطا الأجل في المجلس أو بعده قبل أوان الحصاد أو الدياس انقلب جائزاً عندنا خلافاً لزفر وكما في الصرف بشرط الخيار والأجل إذا أسقط ذلك قبل الافتراق يجوز عندنا استحساناً خلافاً لزفر اهـ **قوله في المتن: (وإن استأجر حماراً إلخ)** قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي الذي هو مبسوطه: وإن استأجرها إلى مكان معلوم ولم يسم ما يحمل عليها فإن اختصما رُدّت الإجارة لأن الحمل يختلف باختلاف المحمول فلا بد من بيانه ليصير العمل معلوماً فإذا لم يبين فسد العقد فأردّ الإجارة عند اختصامهما، وإن حمل عليها أو ركبها إلى ذلك المكان فعليه ما سماه من الكراء استحساناً لأنا جعلنا التعيين بالفعل كالتعيين بالقول في حالة لها حكم ابتداء العقد

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

فاسدة لأن الفاسد معتبر بالصحيح لكونه مشروعاً من وجه، لأنه مشروع بأصله دون وصفه فلا يضمن ما لم يتعدّ فإذا تعدّى ضمن ولا أجر عليه.

قال رحمه اللّه: (وإن بلغ مكة فله المسمى) لأن الفساد كان لجهالة ما يحمل عليه فإذا حمل عليها شيئاً يحمل على مثلها تعين ذلك فانقلب صحيحاً لزوال الموجب للفساد.

قال رحمه اللّه: (وإن تشاحا قبل الزرع والحمل نقضت الإجارة دفعاً للفساد) إذ الفساد باق قبل أن ترتفع الجهالة بالتعيين بالزرع في المسألة الأولى وبالحمل في الثانية، ولو استأجر دابة ثم جحد الإجارة في بعض الطريق وجب عليه أجر ما ركب قبل الإنكار ولا يجب الأجر لما بعده عند أبي يوسف رحمه اللّه لأنه بالجحود صار غاصباً والأجر والضمان لا يجتمعان. وقال محمد رحمه اللّه: يجب الأجر كله لأنه سلم من الاستعمال فسقط الضمان ذكره في الكافي واللّه أعلم.

باب ضمان الأجير

الأجراء على ضربين: أجير خاص وأجير مشترك.

قال رحمه اللّه: (الأجير المشترك من يعمل لغير واحد) معناه من لا يجب عليه أن يختص بواحد عمل لغيره أو لم يعمل ولا يشترط أن يكون عاملاً لغير واحد بل إذا عمل لواحد أيضاً فهو مشترك إذا كان بحيث لا يمتنع ولا يتعذر عليه أن يعمل لغيره. والأوجه أن يقال: الأجير المشترك من يكون عقده وارداً على عمل معلوم ببيان

لأن العقد في حق الحكم ينعقد عند حدوث المنفعة ولو عين في الابتداء صح فكذا في هذه الحالة وكذا لو استأجر عبداً ولم يسم ما استأجره له كذا في شرح الكافي. وقال فخر الدين قاضيخان في شرح الجامع الصغير: وإن اختصما قبل أن يحمل عليه فالقاضي ينقض الإجارة لأن العقد فاسد ما لم يحمل عليه، وكذا لو استأجر ثوباً للبس ولم يعين اللابس لا يجوز لأن الناس يتفاوتون فإن عين اللابس بعد ذلك يجوز استحساناً، وإنما قيد بقوله حمل ما يحمل الناس وأراد به الحمل المعتاد لأنه إذا حمل غير المعتاد فهلك الحمار يجب أن يضمن، وإنما لم يجب الضمان في الحمل المعتاد لعدم المخالفة لأن مطلق الإذن ينصرف إلى المعتاد ولم يتعدّ المعتاد والعين أمانة في يد المستأجر لأنه قبضها بإذن المالك ولم يوجد منه الخلاف بعد ذلك فلا يضمن، وهذا لأن حكم الفاسد يوجد من الصحيح ففي الإجارة الصحيحة إذا لم يوجد الخلاف لا يجب الضمان فكذا في الإجارة الفاسدة فكيف وقد انقلب العقد جائزاً بالحمل المعتاد استحساناً اهـ إتقاني.

[١٠٠ب/٣] **محله** ليسلم من النقض / والأجير الخاص من يكون العقد وارداً على منافعه ولا تصير منافعه معلومة إلا بذكر المدّة أو بذكر المسافة ومنافعه في حكم العين، فإذا صارت مستحقة بعقد المعاوضة لإنسان لا يتمكن من إيجابها لغيره بخلاف الأجير المشترك لأن المعقود عليه فيه هو الوصف الذي يحدث في العين بعمله فلا يحتاج إلى ذكر المدّة ولا يمتنع عليه تقبل مثل ذلك العمل من غيره، لأن ما استحقه الأوّل في حكم الدين في ذمّته وهو نظير السلم مع بيع العين فإن المسَلَّم فيه لما كان ديناً في ذمّته لا يتعذر عليه بسببه قبول السَلم من غيره. والبيع لما كان يلاقي العين لا يملك بيعه من غيره بعدما باعه فلهذا كان مشتركاً والأول أجير وحد وأجير خاص. وقد اختلفت عبارات المشايخ في حدّهما. **فقال بعضهم: الأجير المشترك من يتقبل العمل** من غير واحد. والأجير الخاص من يتقبل العمل من واحد. وقال القدوري: المشترك من لا يستحق الأجر حتى يعمل، والخاص الذي يستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدّة،

باب ضمان الأجير

قال الكاكي: والأجير فعيل بمعنى مفاعل من باب آجر واسم الفاعل منه مؤجر لا مؤاجر وقد مرّ في أوّل كتاب الإجارات اهـ لما فرغ من ذكر أنواع الإجارة صحيحها وفاسدها شرع في بيان الضمان، لأنه من جملة العوارض التي تترتب على عقد الإجارة فيحتاج إلى بيانه اهـ إتقاني. **قوله: (فقال بعضهم الأجير المشترك من يتقبل العمل الخ)** قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره: الأجير المشترك القصار والصباغ والخياط والصائغ وكل من يستحق الأجر لعمله دون تسليم نفسه. ثم قال الكرخي: الأجير الخاص من استحق الأجر بالوقت دون العمل وذلك كرجل استأجر رجلاً ليخدمه شهراً بخمسة دراهم أو كل شهر بخمسة دراهم أو ليقصر معه أو ليخيط معه أو ليعمل عملاً من الأعمال سماه كل شهر بكذا وكذا، أو كل يوم بكذا أو كل سنة بكذا وكذا فهذا هو الخاص إلى هنا لفظ الكرخي في مختصره، وقال في شرح الطحاوي: الأجير المشترك هو أن يتقبل العمل من غير واحد وأجير الوحد أن يتقبل العمل من الواحد، وفي الأجير المشترك العقد إنما يقع على تسليم العمل لا على تسليم النفس، والعقد في أجير الوحد يقع على تسليم النفس إليه في المدّة لا على تسليم العمل إلى هنا لفظ شرح الطحاوي. وقال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد: الأجير المشترك عندنا القصار والخياط والإسكاف وكل من يتقبل الأعمال من غير واحد، وأجير الرجل وحده أن يستأجر الرجل ليخدمه شهراً أو ليخرج معه إلى مكة أو ما أشبه ذلك، والأصل فيه أن كل من ينتهي عمله بانتهاء مدة معلومة فهو أجير وحد، وكل من لا ينتهي عمله بانتهاء مدة

وإن لم يعمل **وهذا يؤول إلى الدور** لأن هذا حكم لا يعرفه إلا من يعرف الأجير المشترك والخاص. وحكمهما أن المشترك له أن يتقبل العمل من أشخاص لأن المعقود عليه في حقه هو العمل أو أثره فكان له أن يتقبل من العامة، لأن منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه سُمي مشتركاً. والأجير الخاص لا يمكنه أن يعمل لغيره لأن منافعه في المدّة صارت مستحقة للمستأجر والأجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الأجر مستحقاً وإن نقض العمل.

قال رحمه اللّه: (ولا يستحق الأجر حتى يعمل كالقصار والصباغ) يعني الأجير المشترك لا يستحق الأجرة إلا إذا عمل لأن الإجارة عقد معاوضة فتقتضي المساواة بينهما فما لم يسلم المعقود عليه للمستأجر لا يسلم له العوض، والمعقود عليه هو العمل أو أثره على ما بينا فلا بدّ من العمل.

قال رحمه اللّه: **(والمتاع في يده غير مضمون بالهلاك)** سواء هلك بسبب يمكن

مقدرة فهو أجير مشترك لأنه إذا انتهى عمله بمدة تعذر عليه أن يؤاجر نفسه في تلك المدة من غيره اهـ إتقاني. **قوله**: **(وهذا يؤول إلى الدور)** الجواب أن هذا تعريف بالأجلي والأشهر أو تعريف لما يذكر بما قد سبق ذكره فإنه ذكر في باب الأجر متى يستحق بقوله باستيفاء المعقود عليه اهـ كاكي رحمه اللّه. **قوله في المتن**: **(والمتاع في يده غير مضمون بالهلاك)** قال الكرخي في مختصره: فإذا سلم إليه ما استوجب عليه وقبضه فهو أمانة في يده عند أبي حنيفة وزفر والحسن بن زياد وهو قول حماد بن أبي سليمان. وقال أبو يوسف ومحمد: هو مضمون عليه بالقبض إن هلك في يده أو تلف بوجه من الوجوه ضمنه إلا أن يكون من شيء غالب لا يتحفظ من مثله مثل حريق غالب أو عدوّ مكابر أو سارق كذلك إلى هنا لفظ الكرخي في مختصره وعند الشافعي يد الأجير يد أمانة على الأصح وفي قول آخر عنه يد ضمان، وفي قول ثالث أن يد الأجير المشترك يد ضمان بخلاف المعين للعمل كذا في وجيزهم اهـ إتقاني. وجه قولهما ما روي في شرح الكافي أن عمر بن الخطاب كان يضمن الصناع ما أفسدوا من متاع الناس أوضاع على أيديهم، وروى في شرح الكافي أيضاً أن علياً كان يضمن الخياط والقصار ومثل ذلك من الصناع احتياطاً للناس أن يضيعوا أموالهم وهذا كان من رأيه بدياً ثم رجع كذا ذكر شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في أوّل كتاب الإجارات اهـ إتقاني. (فرع) اختلف الأجير وصاحب الثوب فقال الأجير: رددت وأنكر صاحبه فالقول قول الأجير عند أبي حنيفة لأنه أمين عنده في القبض والقول قول الأمين مع اليمين ولكن لا يصدق في دعوى الأجر. وعندهما القول قول صاحب الثوب لأن الثوب قد دخل في ضمانه عندهما فلا يصدق على الردّ إلا ببينة اهـ بدائع. (فرع آخر) قال الإتقاني رحمه اللّه: ثم عندهما إذا ضمنه إن شاء ضمنه قيمة الثوب مقصوراً وأعطاه الأجر لأنه قد

التحرّز عنه كالسرقة أو بما لا يمكن كالحريق الغالب والغارة المكابرة وهذا عند أبي حنيفة وزفر والحسن بن زياد رحمهم اللّه وهو القياس. وقالا: يضمن إلا إذا هلك بأمر لا يمكن التحرّز عنه لأن عمر وعلياً رضي اللّه عنهما كانا يضمنان الأجير المشترك، ولأن المعقود عليه الحفظ وعقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب فيكون المستحق بالعقد حفظاً سليماً عن العيب الذي هو سبب الهلاك لأنه لا يمكنه العمل إلا بالحفظ فيكون داخلاً تحت العقد فيضمن بالهلاك كما في الوديعة إذا كانت بأجر وكما إذا هلك بفعله. **ولأبي حنيفة رحمه اللّه ومن تابعه** أن القبض حصل بإذنه فلا يكون مضموناً عليه كالوديعة والعارية، ولهذا لا يضمن فيما لا يمكن التحرّز عنه كالموت حتف أنفه وكالغصب من العدوّ المكابر، ولو كان مضموناً عليه لما اختلف الحال بل كان مضموناً عليه مطلقاً كالغصب والقبض على سوم الشراء أو البيع الفاسد وعكسه الوديعة فإنه لا يضمن مطلقاً، ولا نسلم أن المعقود عليه هو الحفظ بل العمل وإنما وجب عليه الحفظ تبعاً أو اقتضاءً لا مقصوداً لأن العمل لا يتأتى بدون حبس العين. ولما لم يمكن العمل إلا بحبس العين كان له حبسه/ [١٠١/١-٢] ولهذا لا يقابله شيء من الأجر. ولو كان المعقود عليه هو الحفظ لكان له حصة من الأجر فصار كأجير الوحد بخلاف الوديعة بأجر لأن الحفظ واجب عليه مقصوداً ببدل، وبخلاف ما إذا تلف بعمله لأن العقد يقتضي سلامة المعقود عليه وهو العمل فإذا لم يكن سليماً ضمن. وقد روي عن عمر وعلي رضي اللّه عنهما أنهما كانا لا يضمنان الأجير المشترك، وهو قول إبراهيم النخعي فتعارضت روايتا فعلهما فلا يلزم

سلم العمل إلى المالك وحدثت بفعله زيادة في الثوب فكان عليه الأجر، وعلى الأجير ضمان الزيادة مع الأصل وإن شاء ضمنه قيمة الثوب ولم يأخذ أجر القصارة لأنه هلك المحل قبل وصول العمل إلى يد المستأجر حقيقة فأشبه هلاك المبيع قبل القبض كذا في شرح الكافي في باب متى يجب الأجر للعامل، وقال أيضاً فيه في باب ما يضمن فيه الأجير قال أبو حنيفة: إن هلك الثوب عند القصار فلا ضمان عليه وهو مؤتمن بعد أن يحلف، وكذا لو سرق وكذا جميع العمال لانعدام الجناية منه وعندهما يضمن لأنه دخل في ضمانه بالعقد، وإن لم يتحقق منه جناية اهـ وقال الكاكي: ثم عندهما إن شاء المالك ضمنه مقصوراً وأعطى الأجرة وإن شاء غير مقصور ولا أجر له، وكذا لو هلك بفعله فالمالك بالخيار بالاتفاق اهـ **قوله: (ولأبي حنيفة ومن تابعه الخ)** وقول أبي حنيفة قياس لأن المحل أمانة في يده وهلاك الأمانة من غير صنع لا يوجب الضمان. وقولهما استحسان ووجهه أثر عمر رضي اللّه عنه اهـ غاية. وكتب ما نصه ووجه قوله أبي حنيفة ما روى محمد في كتاب الآثار عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم أن شريحاً لم يضمن أجيراً قط إلى هنا لفظ

حجة. وقيل: هذا اختلاف عصر وزمان وليس بشيء لأن الاختلاف موجود بين الصحابة فكيف يتصور أن يحمل على اختلاف الزمان بل الخلاف مبني على أن الحفظ معقود عليه عندهما لأنه لا يتمكن من إيفاء المستحق وهو العمل إلا بحفظ العين، وما لا يتوصل إلى الواجب إلا به يكون واجباً كوجوبه فكان العقد وارداً عليه، وعنده لا يكون وراداً عليه وقد بيناه وبقولهما يُفتى اليوم لتغير أحوال الناس وبه تحصل صيانة أموالهم، وإن شرط الضمان على الأجير المشترك في العقد فإن شرط عليه فيما لا يمكن الاحتراز عنه لا يجوز بالإجماع لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحدهما ففسدت. وإن شرط عليه فيما يمكن الاحتراز عنه فعلى الخلاف فعندهما يجوز لأنه يقتضيه العقد عندهما وعنده يفسد لأن العقد لا يقتضيه فيكون اشتراطه فيه مفسداً.

قال رحمه اللّه: (**وما تلف بعمله** كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشدّ به الحمل وغرق السفينة من مدّها مضمون) وقال زفر والشافعي

كتاب الآثار وكان حكم شريح بحضرة الصحابة والتابعين من غير نكير فحل محل الإجماع اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (وما تلف بعمله الخ)** قال في شرح الطحاوي: ولو زحمه الناس حتى انكسر فإنه لا يضمن بالإجماع لأن ذلك بمنزلة الحرق الغالب والغرق الغالب. ولو أنه هو الذي زحم الناس حتى انكسر فإنه يضمن بالإجماع إلى هنا لفظ شرح الطحاوي اهـ إتقاني. وكتب ما نصه: ولو زحمه الناس فزلق لا يضمن بالإجماع اهـ بدائع قوله بالإجماع فيه مخالفة لما سيجيء في كلام الشارح اهـ وكتب أيضاً ما نصه: قال الشيخ أبو الحسن الكرخي رحمه اللّه في مختصره وأجمع أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وابن أبي ليلى أنه مضمون بالعمل الذي يأخذ عليه الأجر فيضمن القصار ما تخرق من دقه أو من مدّه أو من غمزه أو بسطه، وكذلك الصباغ في ذلك كله ويضمن أيضاً في طبخ الثوب بأن كان مما يطبخ وكذلك الملاح يضمن ما كان من مره أو حذفه أو ما تعالج به السفينة للسير وكذلك الحمال إذا سقط ما حمله من رأسه أو يده أو عثر فسقط ما معه فإنه يضمن ذلك وكذلك الحمال والمكاري إذا كان من سوقه أو قوده أو انقطع الحبل الذي شدّه على المتاع فسقط المتاع وفسد كل هؤلاء يضمنون ما يفسد به المتاع من فساد يلحقه منه عند حمله سفينته أو بسوقه لدابته أو قوده وقال حماد بن أبي سليمان وزفر والحسن بن زياد: هو مؤتمن في ذلك لا يضمن إلا أن يتعدّى كما يضمن المودع إذا تعدّى ولا يضمن ما كان منه من عمله المستأجر عليه لأنه مأذون له فيه إلى هنا لفظ الكرخي رحمه اللّه. وقال علاء الدين العالم في طريقة الخلاف قال علماؤنا الثلاثة: الأجير المشترك يضمن ما جنت يده استحساناً والقياس أن لا يضمن وهو قول زفر والشافعي، وصورة المسألة إذا دفع ثوباً إلى

رحمهما الله: ليس بمضمون عليه لأنه مأذون فيه فلا يجامعه الضمان **كالمعين للدقاق** وأجير الوحد وهذا لأنه عمل ما عمل بأمره والأمر المطلق ينتظم الفعل بنوعيه المعيب والسليم والتخرّق لضعف في الثوب. ولئن كان لمعنى في فعله فالاحتراز عنه غير ممكن إذْ الدق المصلح ليس في وسعه ولئن كان في وسعه فلا يمكنه التحرّز عنه إلا بحرج عظيم فيكون ملحقاً بما ليس في وسعه فصار كالبزاغ والفصاد والحجام والختان، ولهذا لا يضمن تلميذ القصار وهو يعمل بالأجر. ولنا أن التلف حصل بعمل غير مأذون فيه فيكون مضموناً كما لو دق الثوب بغير أمره وهذا لأن الداخل تحت الإذن هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لأن الإذن ثبت في ضمن العقد على التسليم، لأن مطلق عقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيوب على ما مر في البيوع فإذا تلف كان التلف حاصلاً بما ليس بمأذون له فيه فصار كما إذا وصف له نوعاً من الدق فأتى بنوع آخر بخلاف معين القصار، لأنه متبرّع وعمل المتبرع لا يتقيد بالسلامة لئلا يمتنع الناس عن الإعانة مخافة الغرامة وبخلاف البزاغ والفصاد ونحوهما لأن العقد فيه لم يتناول العمل المصلح، لأن نفس ذلك العمل إفساد وإنما السلامة المطلوبة من العمل لا تجاوز المعتاد وبعد ذلك السراية والاقتصار مبينان على قوّة المحل في احتمال الألم وسيلان الدّم وضعفه عن ذلك وليس في وسعه معرفته والخارج عن الوسع لا يستحق بعقد المعاوضة بحال والتحرّز عن التخرق ممكن لأنه في وسع القصار يعرف بالنظر في الثوب ما يحتمله من الدق إلا أنه ربما يلحقه الحرج فيه وهو ساقط العبرة فيما يلزم العبد بالتزامه، وإنما يعتبر ذلك في حقوق الله تعالى دفعاً للحرج حتى إذا اجتهد وأخطأ يكون معذوراً وبخلاف أجير الوحد لما نبينه. **وبخلاف تلميذه لأنه أجير** الوحد عند أستاذه وأجير الوحد لا يجب عليه ضمان، ويجب على الأستاذ ما أفسده التلميذ بعمله لأن الأستاذ **أجير المشترك**

قصار ليقصره بأجره فدقه دق المثل وتخرق الثوب إلى هنا لفظ العالم اهـ إتقاني. **قوله: (كالمعين للدقاق)** أي فإنه غير ضامن لما سيجيء اهـ **قوله: (وبخلاف تلميذه لأنه أجير الوحد)** قال في التحفة: ولو تخرق بدق أجير القصار لا ضمان عليه ولكن يجب الضمان على الأستاذ لأن فعله ينتقل إليه كأنه فعله بنفسه، وقال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: وإذا دق أجير القصار ثوباً فخرقه فضمانه على الأستاذ دون الأجير لأنا نقلن فعله إلى الأستاذ فكان الضمان عليه. ولو وطئ الأجير على ثوب القصار مما لا يوطأ عليه فخرقه كان ضمانه عليه خاصة لأنه ليس بمأذون فيه فأقتصر الإتلاف عليه، وإن كان مما يوطأ فلا ضمان عليه لأنه مأذون في وطئه، ولو وطئ القصار ثوباً وديعة عنده فتخرق كان ضامناً له، وإن كان مما يوطأ إذا لم يكن أذن له في بسطه ووطئه لأنه أتلفها

دون التلميذ ثم صاحب الثوب مخير إن شاء/ ضمنه قيمته غير معمول ولم يعطه [١٠١/ب/٣] الأجر، وإن شاء ضمنه معمولاً وأعطاه الأجر وقد مرّ نظيره.

قال رحمه الله: (ولا يضمن به بني آدم) يعني ممن غرق في السفينة أو سقط من الدابة وإن كان بسوقه وقوده لأن ضمان الآدمي لا يجب بالعقد **وإنما يجب بالجناية** ولهذا لا تتحمله العاقلة إلا إذا كان بالجناية. وقيل: هذا إذا كان كبيراً ممن يستمسك على الدابة ويركب وحده وإلا فهو كالمتاع **والصحيح أنه لا فرق**.

قال رحمه الله: (**وإن انكسر دنّ في الطريق ضمن** الحمال قيمته في مكان حمله ولا أجر أو في موضع الكسر وأجره بحسابه) أمّا الضمان فلأنه تلف بفعله لأن الداخل تحت العقد عمل سليم والمفسد غير داخل فيضمن على ما بينا، **وأمّا الخيار** فلأنه إذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين أنه وقع تعدياً من الابتداء من هذا الوجه.

بغير أمر فيضمن كذا في شرح الكافي اهـ إتقاني. **قوله**: (**أجير مشترك**) الذي في خط الشارح لأن الأستاذ أجير المشترك بالإضافة فتأمل. **قوله**: (**وإنما يجب بالجناية**) وعقد الإجارة ليس بجناية فلا يكون سبباً للضمان اهـ **قوله**: (**والصحيح أنه لا فرق**) قال الإتقاني والصحيح عدم الفرق هكذا روى ابن سماعة عن أبي يوسف في الرضيع اهـ **قوله في المتن**: (**وإن انكسر دنّ في الطريق ضمن الخ**) قال في الدراية: ليس بقيد فإنه لو كسره عمداً فالحكم كذلك عندنا اهـ كاكي. وكتب ما نصه: قال في الدراية: وقيد في بعض الطريق لأنه لو انكسر بعدما انتهى إلى المكان المشروط من جناية يده فلا ضمان عليه وله الأجر كذا نقل عن الإمام صاعد النيسابوري كذا في المبسوط والفوائد الظهيرية اهـ وكتب أيضاً ما نصه: فإن قيل: كيف يضمنه في موضع الحمل ولم يوجد منه سبب الضمان ثم قلنا: لأنه لما انكسر في الطريق والحمل شيء واحد حكماً إذ الحمل المستحق بالعقد ما ينتفع به وهو أن يجعله محمولاً إلى موضع عينه ظهر أنه وقع تعدّياً ابتداء، وفي الحقيقة ابتداؤه سليم وإنما صار تعدياً عند الكسر فإن مال إلى الوجه الحكمي فلا أجر له لأن ما استوفى من عمله أصلاً، وإن مال إلى الوجه الحقيقي فله الأجر بقدر ما استوفى والأجر والضمان إنما لا يجتمعان عندنا في حالة واحدة وقد اختلفت الحالة هاهنا وهذا لأنه إذا ضمنه في مكان الكسر فقد جعل المتاع أمانة عنده من حيث حمل إلى موضع الكسر والأجر يجب في حالة الأمانة وإنما صار مضموناً في حالة الكسر وهذه حالة أخرى اهـ كاكي رحمه الله. **قوله**: (**وأما الخيار الخ**) قال في البدائع: وأما التخيير على أصل أبي يوسف ومحمد فظاهر لأنه وجد جهتا الضمان القبض والإتلاف فكان له أن يضمنه بالقبض يوم القبض وله أن يضمنه بالإتلاف يوم الإتلاف، أما على أصل أبي حنيفة فيه إشكال لأن عنده الضمان يجب بالإتلاف لا بالقبض فكان لوجوب الضمان سبب واحد وهو الإتلاف فيجب أن يعتبر قيمته

وله وجه آخر وهو أن ابتداء الحمل حصل بأمره فلم يكن تعدّياً وإنما صار تعدّياً عند الكسر فيميل إلى أي الجهتين شاء، فإن مال إلى كونه متعدّياً ضمن قيمته في الابتداء ولا يجب الأجر لأنه تبين أنه كان متعدّياً من الابتداء، وإن مال إلى كونه مأذوناً فيه في الابتداء وإنما صار متعدّياً عند الكسر ضمنه قيمته في موضع الكسر **وأعطاه أجرته بحسابه** هذا إذا كان الكسر بصنعه بأن زلق أو عثر، **وإن كان من غير صنعه** بأن زحمه الناس فانكسر فلا يضمن عند أبي حنيفة رضي اللّه تعالى عنه لأن المتاع أمانة عنده. وعندهما يضمن قيمته في موضع الكسر لأنه تسلم العمل باتصاله بملكه فيعطيه أجرته ولا يخير في هذه الصورة عندهما **لأن العين مضمونة على الأجير المشترك** عندهما على ما بينا.

قال رحمه اللّه: (**ولا يضمن حجام أو بزاغ أو فصاد** لم يعد الموضع المعتاد) لأنه التزمه بالعقد فصار واجباً عليه والفعل الواجب لا يجامعه الضمان كما إذا حدّ القاضي

يوم الإتلاف ولا خيار له على ما يروى عنه. والجواب عنه من وجهين: أحدهما: أنه وجد سببان لوجوب الضمان أحدهما الإتلاف والثاني العقد، لأن الأجير بالعقد السابق التزم الوفاء بالمعقود عليه وذلك بالعمل المصلح وقد خالف والخلاف من أسباب وجوب الضمان فيثبت له الخيار إن شاء ضمنه بالعقد وإن شاء بالإتلاف، والثاني أنه لما لم يوجد منه إيفاء المنفعة في القدر الفائت فقد تفرقت عليه الصفقة في المنافع فيثبت له الخيار إن شاء رضي بتفرقها وإن شاء فسخ العقد ولا يكون ذلك إلا بالتخيير اهـ **قوله: (وأعطاه أجرته بحسابه)** أي لأنه استوفى بعض عمله اهـ إتقاني. **قوله: (وإن كان من غير صنعه الخ)** قال الكاكي رحمه اللّه: وإن تلف في يده بغير عمله بأن زحمه الناس لا يضمن عند أبي حنيفة خلافاً لهما وهي مسألة الأجير المشترك اهـ وانظر في الصفحة التي قبل هذه الورقة عند القولة التي على قوله في المتن وما تلف بعمله إلخ نقلاً عن البدائع والإتقاني اهـ **قوله: (لأن العين مضمونة على الأجير المشترك الخ)** قال الإتقاني قال في شرح الطحاوي: والراعي بمنزلة الأجير المشترك إذا كان يرعى للعامة فما تلف من سوقه وضربه إياها بخلاف العادة فإنه يضمن لأنه من جناية يده، وإذا ساق الدواب على الشرعة فازدحمت على القنطرة ودفعت بعضها بعضاً فسقطت في الماء وعطبت فإنه يضمن لأنه من جناية يده. ولو أن رجلاً قال: استأجرتك لترعى غنمي خاصة مدة معلومة فهذا أجير الوحد. وقال في الفتاوى الصغرى: الراعي إذا كان مشتركاً لا يجب عليه رعي الأولاد التي تحدث فإن شرط عليه في أصل العقد يجوز وفي أجير الوحد يجب عليه رعي الأولاد اهـ **قوله في المتن: (ولا يضمن حجام أو بزاغ)** قال في الفتاوى الصغرى: والتتمة أيضاً إذا شرط على الحجام والبزاغ العمل على وجه لا يسري لا يصح هذا الشرط لأنه ليس في وسعه ذلك. ولو شرط على القصار العمل على وجه لا يتخرق

أو عزر ومات المضروب بذلك إلا إذا كان يمكنه التحرّز عنه، كدق الثوب ونحوه **مما ذكرنا من قبل** لأن قوّة الثوب ورقته يعرف به ما يحتمله من الدق بالاجتهاد فأمكن تقييده بالسليم منه بخلاف الفصد ونحوه فإنه يبتني على قوّة الطباع وضعفه ولا يعرف ذلك بنفسه، ولا ما يحتمله من الجرح فلا يمكن تقييده بالسليم وهو غير الساري فسقط اعتباره إلا إذا جاوز المعتاد **فيضمن** الزائد كله إذا لم يهلك، وإن هلك يضمن نصف دية النفس لأنها تلفت بمأذون فيه وغير مأذون فيه فيضمن بحسابه وهو النصف حتى إن الختان لو قطع الحشفة وبرأ المقطوع **تجب عليه دية كاملة** لأن الزائد هو الحشفة وهو عضو كامل فتجب عليه الدية كاملة، وإن مات وجب عليه نصف الدية لما ذكرنا وهي من أندر المسائل وأغربها حيث يجب الأكثر بالبرء وبالهلاك أقل.

قال رحمه اللّه: (والخاص يستحق الأجر بتسليم نفسه في المدّة، وإن لم يعمل كمن استؤجر شهراً للخدمة أو لرعي الغنم) أي الأجير الخاص يستحق الأجرة بتسليم نفسه للعمل عمل أو لم يعمل سمي أجيراً خاصاً وأجير وحد لأنه يختص به الواحد وهو المستأجِر، وليس له أن يعمل لغيره لأن منافعه في المدّة صارت مستحقة له والأجر مقابل بها فيستحقه ما لم يمنعه من العمل مانع حسي كالمرض **والمطر** ونحو

صح لأن في وسعه ذلك اهـ إتقاني. **قوله في المتن:** (**أو فصاد**) فصد الفصاد من جلده ضرب وهو في الآدمي وبزغ من حد فتح وهو في الحيوان يقال: بزغ البيطار الدابة إذا شقها بالمبزغ وهو مثل مشرط الحجام كذا في المغرب قاله الكاكي وقال الإتقاني: والبطر الشق في جلد أو غيره، يقال: بطرت الجلد أبطره وأبطره بطراً وهو أصل بناء البيطار، وقالوا: رجل بيطر وبيطر ومبيطر وكل ذلك راجع إلى ذلك كذا في الجمهرة اهـ **قوله:** (**مما ذكرنا من قبل**) قال الإتقاني: بخلاف ما إذا هلك من عمل القصار ونحوه لأن ذلك من خرقه أو تقصيره لأن في وسعه الإتيان بالعمل المصلح دون المفسد، وذلك لأن الفساد إما أن يكون بالخرق في العمل بالدق لا على الوجه الذي يحتمله الثوب أو لخشونة في المدقة أو لخلل في الثوب بأن كان فيه حصاة أو فساد طيّ وغير ذلك، والرجل إذا كان بصيراً في صنعته يمكنه التحرز عن ذلك بالمبالغة في البحث عن الخلل والمراقبة في الدق، فإن كان ذلك ممكناً والمستأجر ما رضي إلا بهذا الشرط انتفى الإذن بالفساد ضرورة اهـ **قوله:** (**فيضمن الخ**) لأنه ظهر منه التقصير وذلك بأن يوضع ثلاثة أوراق، ويقال للحجام: اضرب بمشرطك على هذه الأوراق وأنفذه من الإثنين دون الثالث فإن فعل ذلك فهو حاذق لا يضمن وإلا ضَمِنَ اهـ باكير. **قوله:** (**تجب عليه دية كاملة**) هذا نقله قاضيخان في جناية فتاواه عن محمد رحمه اللّه تعالى اهـ **قوله:** (**والمطر**) حتى لو استأجره لاتخاذ الطين أو غيره في الصحراء فمطر

ذلك مما يمنع التمكن من العمل، قال صاحب الهداية: الأجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الأجر مستحقاً وإن نقض العمل، قال صاحب النهاية: نقض على البناء للمفعول بخلاف الأجير المشترك فإنه روى عن محمد رحمه الله في خياط خاط ثوب رجل بأجر ففتقه رجل قبل أن يقبض رب الثوب فلا أجر/ للخياط لأنه لم يسلم العمل إلى رب الثوب ولا يجبر الخياط على أن يعيد العمل لأنه لو أجبر عليه كان يجبر بحكم العقد الذي جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل، وإن كان الخياط هو الذي فتق فعليه أن يعيد العمل لأنه هو الذي نقض عمله فصار كأن لم يخط وكذلك الإسكاف والملاح حتى إذا ردّ الملاح السفينة أو نقض الإسكاف الخياطة أجبر على إعادتها. وإنما يكون أجير وحد إذا استأجره لرعي الغنم إذا شرط عليه أن لا يرعى لغيره أو ذكر المدة أوّلاً نحو أن يستأجر راعياً شهراً ليرعى له غنماً مسماة بأجر معلوم فإنه جعله أجيراً لوحد بأول الكلام لأنه أوقع الكلام على المدة في أوله، وقوله بعد ذلك ليرعى الغنم يحتمل أن يكون لإيقاع العقد على العمل فيصير أجيراً مشتركاً لأن الأجير المشترك هو الذي يقع عقده على العمل، ويحتمل أن يكون لبيان نوع العمل الذي يستحق على الأجير الخاص في المدة فإن الإجارة على المدة لا تصح في الأجير الخاص ما لم يبين نوع العمل فيقول: استأجرتك شهراً للخدمة أو للرعي أو للحصاد **فلا يتغير حكم الكلام الأوّل بالاحتمال** فيبقى أجير وحد ما لم ينص على خلافه. ولو

[١٠٢/١/٣]

ذلك بعد ما خرج الأجير إلى الصحراء لا أجر له، لأن تسليم النفس في ذلك العمل لم يوجد لمكان العذر وبه كان يفتي المرغيناني اهـ دراية. **قوله: (فلا يتغير حكم الكلام الأول بالاحتمال)** قال الإتقاني: ولأن العمل لما لم يكن معقوداً عليه لأن المعقود عليه المنفعة لم يكن مضموناً عليه فما تولد منه لا يكون مضموناً إلا إذا تعمد الفساد فحينئذ يضمن كالمودع، وهذا لأنه تعذر جعل المعقود عليه نفس العمل أو وصف القصارة لأنا لو فعلنا ذلك لفسد العقد لأن صورة أجير الوحد أن تكون المدة معلومة، وإذا كان كذلك فربما يمكنه تحصيل هذا العمل في هذه المدة، وربما لا يمكنه وربما يتأتى منه وصف القصارة في هذه المدة، وربما لا يتأتى فكان فيه جهالة وغرر وذلك مفسد للعقد فجعلنا المعقود عليه منفعة الأجير لأنها معلومة مقدرة بهذا الزمان، والدليل على أن المعقود عليه في الأجير الخاص المنفعة لا وصف القصارة وفي المشترك وصف القصارة الأحكام منها أن في الأجير الخاص إذا سلم النفس ولم يستعمله المستأجر يستحق الأجر لأنه سلم المعقود عليه وهو المنافع وفي المشترك لا يستحق الأجر لأنه لم يسلم المعقود عليه وهو وصف القصارة، ومنها أن في الخاص لو استعان بغيره لا يستحق الأجر لأنه لم يسلم منافع نفسه وفي المشترك يستحق لأنه سلم وصف القصارة، ومنها أن في الأجير الخاص لو خاط ثم

شرط حكم الأجير المشترك فقال: على أن ترعى غنم غيري مع غنمي أو أخر المدة بأن استأجره ليرعى له غنماً مسماة بأجرة معلومة شهراً كان أجيراً مشتركاً لأنه جعله أجيراً مشتركاً بأوّل الكلام بإيقاع العقد على العمل في أوّله، وقوله شهراً في آخر الكلام يحتمل أن يكون لإيقاع العقد على المدة فيصير أجير وحد. ويحتمل أن يكون لتقدير العمل الذي وقع العقد عليه فلا يغير أوّل كلامه بالاحتمال ما لم يصرح بخلافه.

قال رحمه اللّه: (**ولا يضمن ما تلف في يده أو بعمله**) **أما الأوّل** فلأن العين أمانة في يده لأنه قبضها بإذنه وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه ظاهر، وكذا عندهما لأن تضمين الأجير المشترك كان نوع استحسان عندهما صيانة لأموال الناس لأنه يتقبل الأعمال من خلق كثير رغبة في كثرة الأجرة وقد يعجز عن القيام بها فيقعد عنده طويلاً **فيجب عليه الضمان** إذا هلكت بما يمكن التحرّز عنه حتى لا يتوانى في حفظها. **وأجير الوحد يعمل في بيت المستأجر** ولا يتقبل الأعمال من غيره **فأخذا فيه بالقياس، وأما الثاني فلأن المنافع صارت مملوكة للمستأجر** فإذا أمره بالصرف إلى ملكه صح وصار نائباً منابه فصار فعله منقولاً إليه **كأنه فعله بنفسه ولأن البدل ليس بمقابلة العمل** بدليل أنه يستحق الأجر وإن لم يعمل **وهذا لأن المبيع منفعته** وهي سليمة، وإنما الخرق في العمل الذي هو تسليم المنفعة وذلك غير معقود عليه فلم يكن مضموناً عليه فلا يشترط فيه سلامته فلا يضمن ما تلف به إلا إذا تعمد الفساد فيضمن للتعدي **كالمودع**.

نقض الخياطة يستحق الأجر لأنه سلم منفعة النفس وفي المشترك لا يستحق لأنه لم يسلم العمل إلى المالك كذا قال علاء الدين العالم السمرقندي في طريقة الخلاف اهـ **قوله في المتن: (ولا يضمن ما تلف في يده)** كما إذا ضاع أو سرق ما استؤجر عليه اهـ ق. **قوله في المتن: (أو بعمله)** كالفساد في الطبخ والخبز والتخريق في الغسل ونحو ذلك اهـ ق. **قوله: (أما الأول)** أراد به عدم الضمان فيما تلف في يده اهـ **قوله: (فيجب عليه الضمان)** حتى لا يقتصر في حفظها أو لا يأخذ إلا بقدر ما يحفظه اهـ كاكي. **قوله: (وأجير الوحد يعمل في بيت المستأجر)** أي ولا يتسلم العين في العادة بل يسلم نفسه فلا يشترط عليه سلامة العين اهـ إتقاني. **قوله: (فأخذا فيه بالقياس)** أي: وهو عدم الضمان اهـ **قوله: (وأما الثاني)** أراد به عدم الضمان فيما تلف من عمله اهـ **قوله: (فلأن المنافع صارت مملوكة للمستأجر)** أي بتسليم نفسه اهـ كاكي. **قوله: (وكأنه فعله بنفسه)** ففسد من عمله اهـ **قوله: (ولأن البدل ليس بمقابلة العمل)** أي فلا يشترط فيه السلامة من العيب اهـ كاكي. **قوله: (وهذا لأن المبيع منفعته)** يعني أن منفعة أجير الوحد هي المبيعة وهي سليمة اهـ **قوله: (كالمودع)** وعلى هذا أجير القصار وسائر الصناع لأن التلميذ أجير خاص فلا يضمن ويضمن الأستاذ ولا يرجع

قال رحمه الله: (وصح ترديد الأجر بترديد العمل في الثوب نوعاً وزماناً في الأوّل وفي الدكان والبيت والدابة **مسافة وحملاً**) أي: **يجوز أن يجعل الأجر متردّداً** بين تسميتين بجعل العمل متردّداً في الثوب بين نوعي العمل بأن يجعل له الخيار فيهما مثل أن يقول: إن خطته فارسياً فبدرهم وإن خطته رومياً فبدرهمين أو بجعل العمل فيه متردّداً بين زمانين مثل أن يقول: إن خطته اليوم فبدرهم، وإن خطته غداً فبنصف درهم فإنه يجوز في اليوم الأول دون الثاني وهو معنى قوله وزماناً في الأوّل أي في المتردّد بين زما نين يجوز في الوقت الأوّل أو بجعل المنفعة متردّداً في دكان بأن قال إن سكنته / [١٠٢ب/٣] حدّاداً فبدرهمين وإن سكنته عطاراً فبدرهم أو قال ذلك: في بيت **أو بجعله متردّداً بين مسافتين في الدابة** أو بين حملين بأن قال: آجرتك هذه الدابة إلى بغداد بكذا وإلى الكوفة بكذا أو بأن قال له: آجرتكها على أنك إن حملت عليها قنطاراً من حنطة فبخمسة، وإن حملت عليها قنطاراً من حديد فبعشرة، وكذا لو خيرّه بين ثلاثة أشياء جاز. ولا يجوز أكثر من ذلك على ما بينا في البيوع والمعتبر فيه البيع والجامع دفع الحاجة غير أنه لا يشترط اشتراط الخيار هنا، وفي البيع روايتان والفرق على إحداهما

الأستاذ بما ضمن على التلميذ لأنه أجير خاص كذا في الإيضاح ولا خلاف فيه اهـ كاكي.
قوله: (مسافة وحملاً) راجعان للدابة اهـ **قوله: (يجوز أن يجعل الأجر متردداً الخ)** قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره: وإذا وقع عقد الإجارة على أحد شيئين وسمى لكل واحد منهما أجراً معلوماً فذلك جائز كرجل قال لآخر: قد آجرتك هذه الدار بخمسة دراهم أو هذه الأخرى بعشرة أو كان هذا القول في حانوتين أو عبدين أو دابتين أو في مسافتين مختلفتين فقال: قد آجرتك هذه الدابة إلى واسط بكذا أو إلى الكوفة بكذا فذلك كله جائز عند أصحابنا جميعاً لأن الأجر يجب بتسليم أحدهما وهو معلوم في حال وجوبه، وكذلك لو دفع إلى خياط ثوباً فقال: إن خطته فارسياً فلك درهم وإن خطته رومياً فلك درهمان، أو قال للصباغ: إن صبغته بعصفر فلك درهم وإن صبغته بزعفران فلك درهمان فذلك أيضاً جائز، لأن الأجر يجب بالعمل وكل واحد منهما متميز عن صاحبه إلى هنا لفظ الكرخي في مختصره، وقال القدروي في شرحه: وكذلك إن خيره بين ثلاثة أشياء فإن ذكر أربعة لم يجز اهـ إتقاني. **قوله: (أو بجعله متردّداً بين مسافتين في الدابة)** قال في الظهيرية في الإجارة: رجل اكترى دابة وقال: إن ركبتها إلى موضع كذا فبكذا وإن ركبتها إلى موضع كذا فبكذا أو ذكر ثلاثة مواضع جاز استحساناً وفي الزيادة على الثلاثة لا يجوز، وذكر محمد رحمه الله لهذا أصلاً فقال: الإجارة متى وقعت على أحد الشيئين أو على أحد الأشياء الثلاثة وسمى لكل واحد أجراً معلوماً بأن قال: آجرتك هذه الدار بخمسة دراهم أو هذه الأخرى بعشرة دراهم أو هذه بخمسة عشر درهماً، أو قال ذلك في البيوت الثلاثة، أو الحوانيت الثلاثة، أو الأعْبُد

أن الأجر لا يجب إلا بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه وهو العمل معلوماً وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة على وجه لا يرتفع إلا بإثبات الخيار وفيه خلاف زفر والشافعي رحمهما اللّه وقد بيناه في البيوع، فإذا عرف هذا مجملاً فلا بدّ من الكلام فيه مفصلاً ليهتدي الطالب إلى معرفة كل واحد منها بعلتها فنقول: أما الأوّل وهو ما إذا قال: إن خطته فارسياً فبدرهم وإن خطته رومياً فبدرهمين فإنما جاز لأنه سمى نوعين معلومين من العمل وسمى لكل واحد منهما بدلاً معلوماً فيجوز كما إذا خيره في البيع بين عبدين على ما بينا في موضعه. وأما الثاني وهو ما إذا قال: إن خطته اليوم فبدرهم وإن خطته غداً فبنصف درهم فالمذكور هنا **وهو جواز العقد في اليوم الأوّل** دون اليوم الثاني قول أبي حنيفة رحمه اللّه. وعندهما الشرطان جائزان. **وعند زفر الشرطان فاسدان لأنه اجتمع فيها تسميتان في اليومين** لأن المسمى في غد هو المسمى في اليوم أيضاً والمسمى في اليوم هو المسمى في الغد أيضاً وإنما ذكر اليوم اولغد للتعجيل والترفيه لا غير، ألا ترى أنه لو قال: خط لي هذا الثوب غداً بدرهم **فخاطه اليوم استحق الدرهم**، وكذا لو قال: خط لي هذا الثوب بدرهم اليوم **فخاطه غداً يستحق الدرهم** فإذا كان كل واحد منهما مسمى في الوقتين فسدت الإجارة لأن ذكر

الثلاثة أو قال ذلك في المسافات المختلفة بأن قال آجرتك هذه الدابة إلى واسط بكذا، أو إلى الكوفة بكذا، أو إلى بغداد بكذا، أو قال ذلك في أنواع الخياطة إلى الثلاثة يجوز وفي الزيادة لا يجوز وفرق بين الإجارة وبين البيع إذا باع أحد هذين العبدين وسمى لكل واحد منهما ثمناً لا يجوز إلا أن يشترط الخيار في ذلك للبائع أو للمشتري على ما عرف، وفي الإجارة يجوز من غير خيار لأن الإجارة يجري فيها من المسامحة ما لا يجري في البيع اهـ **قوله**: (**وهو جواز العقد في اليوم الأوّل الخ**) قالوا في شروح الجامع الصغير في قول أبي حنيفة: الشرط الأوّل جائز والشرط الآخر فاسد اهـ إتقاني. **قوله**: (**وعند زفر الشرطان فاسدان**) أي فإن خاطه في اليوم أو في الغد أو بعد غد يجب أجر المثل لا ينقص عن نصف درهم ولا يزاد على درهم كذا ذكر الزاهد العتابي وغيره، قال الكرخي في مختصره: فإن خاطه من بعد الغد فله أجر مثله في قولهم جميعاً اهـ إتقاني. **قوله**: (**لأنه اجتمع فيها تسميتان في اليومين**) بيانه أن ذكر اليوم للتعجيل لا لتأقيت الإجارة باليوم فإذا كان كذلك تبقى التسمية الأولى في الغد فإذا جاء الغد يجتمع فيه تسميتان وذكر الغد للترفيه، فإذا كان للترفية كانت التسمية المضافة إلى الغد موجودة في اليوم أيضاً فيجتمع تسميتان أيضاً في اليوم فيلزم البدلان على البدل بمقابلة عمل واحد فيفسد العقد في اليومين جميعاً اهـ إتقاني. **قوله**: (**فخاطه اليوم استحق الدرهم**) فدل على أن ذكر الغد للترفيه لا للإضافة والتعليق فاجتمع في اليوم تسميتان فيفسد لجهالة البدل اهـ **قوله**: (**فخاطه غداً يستحق الدرهم**) أي لأن العقد المنعقد

البدلين على البدل بمقابلة مبدل واحد مفسد فصار نظير قوله: بعتك حالاً بألف درهم ومؤجلاً بألفين، ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للإضافة فهذا حقيقته واستعمالهما للترفيه والتعجيل مجاز والكلام لحقيقته حتى يقوم الدليل على المجاز لا سيما إذا كان حمله على المجاز يؤدّي إلى الفساد وكل واحد منهما معلوم وبدلهما معلوم فصار نظير خياطة الرومية والفارسية بخلاف حالة الانفراد، **لأنه لو حمل على التأقيت لفسد العقد** إذْ تعين العمل مع تعين الوقت لا يجتمعان فصرنا إلى المجاز بدلالة حالهما إذ مقصودهما الصحة دون الفساد. **ولأبي حنيفة رضي اللّه تعالى عنه أن اليوم للتعجيل** والغد للإضافة والكلام لحقيقته حتى يقوم الدليل على مجازه. وقد قام الدليل على إرادة المجاز في ذكر اليوم وهو التعجيل لأن مرادهما الصحة وهو متعين في المجاز لأن تعين العمل مع التوقيت مفسد، فإن تعين العمل يوجب كونه أجيراً مشتركاً وتعين الوقت لا يوجب كونه أجيراً مشتركاً وبينهما تناف فلا يجتمعان فيفسد فتعين المجاز كي لا يفسد فحملناه على التعجيل، وفي الغد لم يقم الدليل على إرادة المجاز وهو الترفيه بل قام الدليل على إرادة الحقيقة وهو الإضافة والتعليق فتركناه على حقيقته لأنا لو حملناه على أنه للترفيه يؤدّي إلى فساد العقد من حيث إنه يجتمع في اليوم تسميتان كما قال زفر فوجب حمله على أنه للإضافة/ [١٠٣/١/ب] كما هو حقيقته، ونقصان الأجر في الغد أيضاً يدل على ذلك لأن ما يكون للترفيه لا تكون أجرته أنقص **فإذا كان ذكر اليوم للتعجيل** وذكر الغد للتعليق لم يوجد في اليوم إلا تسمية واحدة فلم يفسد، فإذا خاطه اليوم وجب عليه الدرهم فإذا جاء الغد فسد لوجود تسميتين فيه لأن المعلق ينزل بمجيء الغد والتسمية الأولى باقية فيفسد لاجتماع تسميتين في عمل واحد بخلاف خياطة الرومية والفارسية لأنه ليس لأحد العقدين موجب في العمل الآخر فكانا عقدين مختلفين كل واحد منهما ببدل مسمى على الانفراد معلوم فافترقا، فإن خاطه فيه يجب عليه أجر المثل **لا يزاد على**

في اليوم باق إلى الغد لأن ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت فاجتمع في الغد أيضاً تسميتان والخياطة واحدة فيجب إحدى التسميتين وهي مجهولة وهذه جهالة توقعهما في المنازعة اهـ **قوله: (لأنه لو حمل على التأقيت لفسد العقد)** أي ومتى حمل على التعجيل أو الترفيه لا اهـ كاكي. **قوله: (ولأبي حنيفة رحمه اللّه أن اليوم للتعجيل)** أي لا للتوقيت للإجارة باليوم ولهذا صحت الإجارة في اليوم الأوّل بالاتفاق فلو كان لتوقيت لم تصح لأنه حينئذ يجتمع الوقت والعمل اهـ **قوله: (فإذا كان ذكر اليوم للتعجيل الخ)** قال الإتقاني: فلما كان ذكر اليوم للتعجيل بقيت التسمية الأولى وبالتأخير إلى الغد فاجتمع تسميتان في الغد فبطل الشرط الثاني لهذا باعتبار التزاحم وفي اليوم لم يجتمع تسميتان لأن التسمية الثانية مضافة إلى

نصف درهم في الصحيح لأنه المسمى فيه **وفي الجامع الصغير** لا ينقص عن نصف درهم ولا يزاد على درهم لأن التسمية الأولى باقية في الغد فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر الثانية لمنع النقصان، ولو خاطه بعد غدٍ فالصحيح أنه لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة رضي اللّه عنه لأنه لم يرض بتأخيره إلى الغد بأكثر من نصف درهم فأولى أن لا يرضى إلى ما بعد الغد والصحيح على قولهما أنه ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه، وأما الثالث وهو ما إذا قال: إن سكنت هذا الدكان عطاراً فبدرهم وإن سكنته **حداداً** فبدرهمين **فالمذكور قول أبي حنيفة رضي اللّه عنه** وعندهما لا تجوز هذه الإجارة وعلى هذا الخلاف القسم الرابع وهو ما إذا قال: آجرتك هذه الدابة إلى بغداد بكذا وإلى الكوفة بكذا، ولهما أن الأجرة والمنفعة مجهولان لأن الأجر في الأجير الخاص يجب بالتسليم من غير عمل ولا يدري أي العملين تقرّر وأي التسميتين تجب وقت التسليم بخلاف خياطة الرومية والفارسية لأن الأجر لا يجب فيه إلا بالعمل وبه ترتفع الجهالة وبخلاف الترديد في اليوم والغد لأنه عندهما كمسألة الرومية والفارسية فلا يجب الأجر إلا بعد العمل فعند ذلك هو معلوم فهذا هو القاعدة، لهما أن الأجر متى وجب بالتسليم لا يجوز أن يكون متردّداً بين شيئين عند التسليم لأنه لا يدري أيهما يجب والإجارة تفسد، ولأبي حنيفة رحمه اللّه أنه خيره بين شيئين متغايرين وجعل لكل واحد منهما أجرة معلومة فوجب أن يجوز كما في مسألة الرومية والفارسية والإجارة تعقد للانتفاع فالظاهر أنه يستوفي المنافع وعند الاستيفاء ترتفع الجهالة ولو احتيج إلى الإيجاب بمجرد التسليم عند عدم الاستيفاء بعد التسليم يجب نصف كل واحد من البدلين عند بعض المشايخ، إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر فيجعل التسليم لهما والصحيح أنه يجب أقل البدلين لأنه لا يكون أكثر ضرراً من الانتفاع بأقلهما ضرراً وكذا يجوز إذا خيره بين شيئين بأن قال: آجرتك هذه الدار شهراً بمائة أو هذه الدار بمائتين أو آجرتك هذه الدار بخمسين أو هذا الدكان بعشرين وكذا يجوز بين ثلاثة أشياء ولا يجوز أكثر من ذلك والمعنى قد بيناه في البيوع.

قال رحمه اللّه: (ولا يسافر بعبد استأجره للخدمة بلا شرط) لأن مطلق العقد يتناول الخدمة في الحضر إذ هو الأعم الأغلب وعليه عرف الناس فانصرف إليه إذْ

الغد عدم في الحال فلا جرم وجب المسمى في اليوم وأجر المثل في الغد اهـ **قوله: (لا يزاد على نصف درهم في الصحيح)** قال الإتقاني نقلاً عن القدوري في شرحه لمختصر الكرخي: وهي الرواية الصحيحة اهـ **قوله: (وفي الجامع الصغير)** أي والأصل اهـ إتقاني. **قوله: (حدّاداً)** حال من ضمير المخاطب اهـ إتقاني. **قوله: (فالمذكور قول أبي حنيفة)** وأيّ الأمرين فعل استحق المسمى فيه عند أبي حنيفة اهـ إتقاني. وكتب ما نصه قال في إشارات الأسرار: فإن

المطلق يقيد بمثل هذا من المتعارف فلا يكون له أن ينقله إلى خدمة السفر لأنه الأشق فصار نظير ما لو استأجر فرساً للركوب وعين الراكب فليس له أن يركب غيره للتفاوت، وكذا لو استأجر داراً للسكنى فإنه ليس له أن يسكن فيه حداداً لأنه أضر [١٠٣ب/٣] **ومطلق العقد لا يتناوله** ولأن مؤنة الردّ/ على المولى ويلحقه ضرر بذلك فلا يملك إلا بإذنه بخلاف العبد الموصى بخدمته حيث لا يتقيد بالحضر **لأن مؤنته عليه** ولم يوجد العرف في حقه، ولا يقال لما ملك المستأجر منافعه ينزل منزلة المولى فيه وللمولى أن يسافر به فكذا لهذا، لأنا نقول: إنما ملك المولى ذلك لأنه يملك رقبته لا لملك المنفعة، ألا ترى أن للمولى أن يبيع رقبته وأن يزوّجه ولا يملك المستأجر ذلك فكذا ليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك أو يكون وقت الإجارة متهيئاً للسفر وعرف بذلك لأن الشرط ملزم والمعروف كالمشروط، ولو سافر به ضمن لأنه صار غاصباً ولا أجر عليه وإن سلم لأن الضمان والأجرة لا يجتمعان.

قال رحمه الله: (ولا يأخذ المستأجر من عبد محجور أجراً دفعه إليه لعمله) معناه: لو استأجر شخص عبداً محجوراً عليه من نفسه فعمل وأعطاه الأجر **ليس للمستأجر أن يأخذه منه** والقياس له أن يأخذه لأن عقد المحجور عليه لا يجوز فيبقى على ملك المستأجر لأنه بالاستعمال صار غاصباً له ولهذا يجب عليه ضمان قيمته إذا هلك ومنافع المغصوب لا تضمن عندنا فيبقى المدفوع على ملكه فكان له أن يستردّه. وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالماً ضارّ على اعتبار هلاك العبد والنافع مأذون فيه فيجوز فتخرج الأجرة عن ملكه فليس له أن يستردّه، وهذا لأن العبد محجور عن تصرف يضر بالمولى لا عن تصرف ينفع المولى، ألا ترى

لم يسكن، قال بعضهم: يستحق الأقل لأنه ثابت بيقين وبعضهم أوجبوا من كل مسمى نصفه واختيار القدوري هو الأوّل لأنه قال في شرحه لمختصر الكرخيك فإن أمسك الدار ولم يسكن فيها حتى مضت المدّة فعليه أقل التسميتين لأن الزيادة إنما تستحق باستيفاء منفعة زائدة ولم يوجد ذلك فوجب بالتخلية أقل الأمرين اهـ إتقاني. **قوله: (ومطلق العقد لا يتناوله)** تقدّم في كتاب العارية متناً وشرحاً أن مؤنة الردّ على المؤجر، قال الإتقاني في آخر كتاب الإجارة ولم يذكر صاحب الهداية مؤنة ردّ العين المستأجرة هنا اعتماداً على ما ذكر في كتاب العارية من مسألة القدوري بقوله: وأجرة ردّ العارية على المستعير وأجرة ردّ العين المستأجرة على المؤجر وأجرة ردّ العين المغصوبة على الغاصب وقال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يستأجر من الرجل الرحى فيحملها فتنقضي الإجارة قال: على المؤجر يجيء فيأخذها. **قوله: (لأنه مؤنته عليه)** أي مؤنة الردّ على الموصى له بالخدمة دون الوارث اهـ **قوله: (ليس للمستأجر أن يأخذه منه)** أي: ليس

أنه يجوز قبوله الهبة بغير إذن المولى لكونه نفعاً في حق المولى. وجواز الإجارة بعد ما سلم من العمل تمحض نفعاً في حق المولى لأنها إذا جازت يحصل للمولى الأجر بغير ضرر، ولو لم تجز ضاع منافع العبد عليه مجاناً فتعين القول بالجواز **فإذا جازت الإجارة** صح قبض العبد الأجرة لأنه العاقد وقبض البدل إلى العاقد. ومتى صح قبضه لا يكون للمستأجر أن يستردّه منه بخلاف ما إذا هلك العبد في حالة الاستعمال فإنه يجب عليه المستأجر قيمته، وإذا ضمن صار مالكاً له من وقت الاستعمال فيصير مستوفياً منفعة عبد نفسه فلا يجب عليه الأجر وكذا الصبي المحجور عليه إذا آجر نفسه **وسلم من العمل** كان الأجرله لأنه غير ممنوع عما ينفعه من التصرفات، ولهذا يملك قبول الهبة وجواز الإجارة بعد الفراغ من العمل نفع محض وفي النهاية الأجر الذي يجب في هاتين الصورتين أجر المثل فإن أعتقه المولى في نصف المدّة نفذت الإجارة **ولا خيار للعبد** فأجر ما مضى للمولى وأجر ما يستقبل للعبد، وإن آجره المولى ثم أعتقه في نصف المدّة **فللعبد الخيار** فإن فسخ الإجارة فأجر مامضى للمولى، وإن أجاز **فأجر ما يستقبل للعبد** والقبض للمولى لأنه هو العاقد.

قال رحمه اللّه تعالى: (ولا يضمن غاصب العبد ما أكل من أجره) معناه: إذا غصب رجل عبداً فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب من يد العبد الأجرة فأكله فلا ضمان عليه وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه وقالا: عليه ضمانه **لأنه أتلف مال الغير بغير إذنه** ولا تأويل لأن المال للمولى لأن إجارته نفسه جائزة على تقدير السلامة على ما بيناه وكسب العبد لمولاه لأنه تبع لرقبته فيكون الغاصب متعدياً بالأخذ منه والإتلاف فيضمن ولأبي حنيفة رحمه اللّه أن الضمان يجب بإتلاف مال محرز متقوّم وهذا ليس بمحرز لأن الإحراز يكون بيده أو بيد نائبه وهذا المال ليس في يده ولا في

للمستأجر أن يستردّ من العبد المحجور الأجر اهـ **قوله: (فإذا جازت الإجارة)** أي بعد ما سلم من العمل اهـ كاكي. **قوله: (وسلم من العمل)** إلا أنه لو هلك الصبي من العمل فعلى عاقلة المستأجر لديه وعليه الأجر فيما عمل قبل الهلاك بخلاف العبد المحجور إذا هلك من العمل تجب عليه قيمته ولا أجر عليه لما ذكر أنه صار غاصباً اهـ كاكي. **قوله: (ولا خيار للعبد)** أي بلا خلاف اهـ كاكي. **قوله: (فللعبد الخيار)** أي كالصبي إذا بلغ في مدّة الإجارة اهـ كاكي. **قوله: (فأجر ما يستقبل للعبد)** قال الإتقاني: إلا أن المولى هو الذي يتولى قبض جميع الأجرة وليس للعبد نقضها بعد اختيار المضي عليها وإن كان المستأجر عجل الأجرة كلها للمولى قبل أن يعمل العبد شيئاً في أول الإجارة فالأجرة كلها للمولى إذا اختار المضي على الإجارة لأن المولى قد كان ملك الأجرة قبل عتقه. **قوله: (لأنه أتلف مال الغير بغير إذنه)** أي لأن كسب العبد ملك المولى ولهذا لو كان الكسب قائماً بعينه أخذه المولى

يد نائبه لأن الغاصب ليس نائباً عنه والعبد ليس في يد نفسه بل هو في يد الغاصب وما في يده يكون في يد الغاصب/ أيضاً تبعاً لنفسه فلا يتصوّر أن يكون محرزاً [١٠٤/أ٣] بحرزه إذْ هو لا يحرز نفسه عن الغاصب فكيف يحرز ما في يده عنه وما لم يقع في يد المولى حقيقة أو حكماً بالاستنابة لا يكون معصوماً له فصار نظير المال المسروق في يد السارق بعد القطع ولأن الأجرة بدل المنفعة والبدل حكمه كحكم المبدل، ولو أتلف الغاصب المنفعة لا يضمن فكذا بدلها ولأن الغاصب لو آجر العبد بنفسه وأخذ الأجرة وأكله فلا ضمان عليه فكذا إذا آجر العبد نفسه لأن العبد في يده فيكون فعله كفعله من وجه لأنه في ضمانه، ومن وجه كفعل المالك لأنه هو المالك لرقبته وما تردّد بين أصلين يوفر عليه حظهما فرجحنا جانب المالك عند بقاء الأجر في يده فقلنا: المالك أحق به ورجحنا جانب الغاصب في حق الضمان، وقلنا: لا ضمان فيه على الغاصب إذا أكله لأن الأصل وهو العبد في ضمانه كالمبيع إذا اكتسب في يد البائع واستهلك البائع كسبه لا يجب عليه الضمان عند أبي حنيفة رحمه اللّه لأن الأصل في ضمانه وهو المبيع بخلاف ولد المغصوب حيث يجب على الغاصب ضمانه بالإتلاف متعدّياً لأنه ليس ببدل المنفعة بل هو جزء الأمّ فيضمنه عند التعدّي كالأمّ، ولهذا لو استولدها الغاصب لا يكون الولد له **ولو آجر** العبد **كان الاجر له**.

قال رحمه اللّه: (ولو وجده ربه أخذه) أي لو وجد مولى العبد ما في يد العبد من الأجرة أخذه لأنه وجد عين ماله ولا يلزم من بطلان التقوّم بطلان الملك كما في المسروق بعد القطع فإنه لم يبق متقوّماً حتى لا يضمن بالإتلاف ويبقى الملك فيه حتى يأخذه المالك.

قال رحمه اللّه: **(وصح قبض العبد أجره)** أي لو قبض العبد أجرته من المستأجر جاز قبضه بالإجماع لأنه المباشر للعقد وحقوق العقد إليه وتصرفه نفع محض على ما مرّ في عبد غير مغصوب فصح لكونه مأذوناً له في التصرف النافع.

قال رحمه اللّه: (ولو آجر عبده هذين الشهرين شهراً بأربعة وشهراً بخمسة صح والأول بأربعة) لأنه لما قال: أولاً شهراً بأربعة انصرف إلى ما يلي العقد **تحرّياً** للصحة كما لو سكت عليه لأن الأوقات في حق الإجارة بمنزلة الأوقات في حق اليمين أن لا

اهـ إتقاني. **قوله**: (**ولو آجر**) أي الغاصب اهـ **قوله**: (**كان الأجر له**) أي لا للمالك ولا ضمان على الغاصب بالأكل بالاتفاق وعند **الأئمة الثلاثة** يرجع المالك على الغاصب بأجر المثل كما لو آجر العبد نفسه اهـ كاكي. **قوله في المتن**: (**وصح قبض العبد أجره**) وفائدة هذا تظهر في حق خروج المستأجر عن عهدة الأجر فإن الخروج من عهدته يحصل بأدائه إلى العبد فيما إذا آجر العبد نفسه. فأما إذا [آجـ]ـره المولى فليس للعبد ولاية قبض الأجرة لأن العبد ليس بعاقد

يكلم فلاناً لأن تنكيرها مفسد فيتعين عقيبها فإذا انصرف الأوّل إلى ما يلي العقد **انصرف الثاني إلى ما يلي الشهر الأوّل** تحرياً للجواز أيضاً لأنه أقرب الأوقات إليه **فصار كما لو صرح به.**

قال رحمه اللّه: (**ولو اختلفا في إباق العبد ومرضه** حكم الحال) معناه: لو استأجر عبداً شهراً مثلاً ثم قال: المستأجر في آخر الشهر أبق أو مرض في المدة وأنكر المولى ذلك أو أنكر إسناده إلى أوّل المدة فقال: أصابه قبل أن يأتيني بساعة يحكم الحال فيكون القول قول من يشهد له الحال مع يمينه لأن القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر ووجوده في الحال يدل على وجوده في الماضي فيصلح الظاهر مرجحاً، وإن لم يصلح حجة كما إذا اختلفا في جريان ماء الطاحونة، وهذا إذا كان الظاهر يشهد للمستأجر فظاهر لا إشكال فيه لأنه ليس فيه إلا دفع الاستحقاق عليه والظاهر يصلح له. وإن كان يشهد للمؤجر ففيه إشكال من حيث إنه يستحق الأجرة بالظاهر وهو لا يصلح للاستحقاق وجوابه أنه يستحقه بالسبب السابق وهو العقد، وإنما الظاهر يشهد على بقائه واستمراره إلى ذلك الوقت فلم يكن مستحقاً بمجرّد الظاهر. وهذا لأنهما لما اتفقا على وجود سبب الوجوب أقر بالوجوب عليه ثم بالإنكار بعد ذلك يكون متعرّضاً لنفيه فلا يقبل منه إلا بحجة وعلى هذا لو أعتق جارية ولها ولد فقالت: / أعتقني قبل ولادته فيكون حرّاً تبعاً لي، وقال المولى: أعتقتك بعدها فلا [١٠٤/ب/٣]

ولا بوكيل عن العاقد وحقوق العقد ترجع إلى العاقد كذا في الإيضاح اهـ معراج الدراية.
قوله: (تحرياً) أي طلباً اهـ **قوله: (انصرف الثاني إلى ما يلي الشهر الأول)** أي لو عمل في الشهر الأول دون الثاني استحق أربعة دراهم، ولو عمل في الشهر الثاني دون الأول استحق خمسة دراهم اهـ إتقاني. **قوله: (فصار كما لو صرح به)** أي وكذا لو استأجر ثلاثة أشهر شهرين بدرهمين وشهراً بخمسة قالا: ولأن بدرهمين اهـ كاكي. **قوله في المتن: (ولو اختلفا في إباق العبد الخ)** هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل استأجر من رجل عبداً له شهراً بدرهمين فقبضه في أول الشهر ثم جاء في آخر الشهر وهو آبق أو مريض فقال المستأجر: أبق حين أخذته، وقال المؤاجر: ما كان ذلك إلا قبل أن تأتيني بساعة، قال: القول قول المستأجر وإن جاء وهو صحيح في يد المستأجر فقال المستأجر: أبق حين أخذته أو مرض حين أخذته وكذبه المؤاجر فالقول قول المؤاجر إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير اهـ إتقاني. (فرع) قال الإتقاني رحمه قبيل باب الاختلاف من كتاب الإجارة ونختم الباب بمسألة ذكرها شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي رحمه اللّه في باب إجارة الرقيق من شرح الكافي قال: وإذا استأجر الرجل عبداً ليخدمه كل شهر بأجر مسمى فهو جائز لأن الخدمة المعتادة معلومة ووقتها معلوم فصحت الإجارة وله أن

يعتق كان القول قول من كان الولد في يده لأن الظاهر يشهد له. **وكذا لو باع شجراً فيه ثمر** واختلفا في بيع الثمر معها كان القول قول من في يده الثمر وهذا كله تحكيم للحال.

قال رحمه اللّه: (والقول لرب الثوب في القميص والقباء والحمرة والصفرة والأجر وعدمه) يعني إذا اختلف رب الثوب والصانع في المخيط بأن قال رب الثوب: أمرتك أن تعمله قباء، وقال الخياط: قميصاً أو في لون الصبغ بأن قال صاحب الثوب: أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر **وقال الصباغ: بل أمرتني بصبغه أصفر** أو في الأجرة بأن قال صاحب الثوب: عملته لي بغير أجر وقال الصباغ: بأجر كان القول في الكل قول المستأجر، أما إذا اختلفا في الخياطة والصبغ فلأن الإذن يستفاد من جهة رب الثوب فكان أعلم بكيفيته، ولأنه لو أنكر الإذن بالكلية كان القول قوله فكذا إذا أنكر وصفه إذ الوصف تابع للأصل لكنه يحلف لأنه ادعى عليه شيئاً لو أقرّ به لزمه فإذا أنكره يحلف فإذا حلف فالخياط ضامن، وصاحب الثوب مخير إن شاء ضمنه قيمة الثوب غير معمول ولا أجر له أو قيمته معمولاً فله أجر مثله ولا يجاوز به المسمى على ما بينا من قبل لأنه موافق من وجه وهو في أصل العمل مخالف من وجه وهو في الصفة فيميل إلى أيهما شاء، وروى ابن سماعة عن محمد رحمه اللّه أنه يضمن له ما زاد الصبغ فيه لأنه بمنزلة الغاصب، وقال ابن أبي ليلى: القول قول الصباغ لأنهما اتفقا على الإذن ثم رب الثوب يدّعي عليه خلافاً ليضمنه أو ليثبت لنفسه الخيار وهو منكر فكان القول له وجوابه ما بينا وأما إذا اختلفا في الأجر فلأن المستأجر منكر تقوّم عمله ووجوب الأجر عليه والصانع يدعيه فكان القول للمنكر وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه، وقال أبو يوسف رحمه اللّه: إن كان الصانع حريفاً له أي معاملاً له بأن كان يدفع إليه شيئاً للعمل ويقاطعه عليه فله الأجر وإلا فلا لأن ما تقدم منهما من المقاطعة

يستخدمه من السحر إلى أن ينام الناس بعد العشاء الأخيرة وإنما يخدمه كما يخدم الناس لأن الوقت الذي يحتاج الإنسان فيه إلى الخدمة هذا لأن الناس ينامون بعد العشاء وينتبهون قريباً من طلوع الفجر ويحتاج الأجير إلى أن يقوم قبله ليهيئ أسباب الوضوء ويوقد النار والسراج وأشباه ذلك فلذلك قيدناه به اهـ **قوله: (وكذا لو باع شجراً فيه ثمر)** أي ثم قال البائع: بعت الأشجار دون الثمار، والمشتري يقول: اشتريتها مع الثمار، قالوا: ينظر إن كانت الثمار في يد البائع فالقول له، وإن كانت في يد المشتري فالقول قول المشتري اهـ كاكي. **قوله: (وقال الصباغ: بل أمرتني بصبغه أصفر)** أي فالقول لصاحب الثوب قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي: فإن شاء رب الثوب أخذه وأعطاه أجر مثله اهـ وقال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: وإن أقاما البينة فالبينة بينة الخياط

يدل على أنه يعمله بأجر فقام ذلك مقام الاشتراط لأن العادة قد جرت بالدفع للعمل إلى من يخالطه من غير تسمية الأجر للعلم به. وقال محمد رحمه الله: إن كان الصانع معروفاً بهذه الصنعة بالأجر وقيام حاله بها كان القول قوله وإلا فلا لأنه لما فتح الدكان لأجله جرى ذلك مجرى التنصيص عليه اعتباراً لظاهر المعتاد وقولهما استحسان والقياس ما قاله أبو حنيفة رحمه الله لأنه منكر وما ذكراه من الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق إذ الظاهر يصلح للدفع لا غير، ألا ترى أن ذا اليد يدفع المدّعي باليد ثم إذا بيعت بجنب ما في يده دار لا يستحق به الشفعة لما قلنا، **والفتوى على قول محمد** رحمه الله.

بابُ فسخِ الإجارةِ

قال رحمه الله: (وتفسخ بالعيب) أي تفسخ الإجارة بالعيب لأن العقد يقتضي سلامة البدل عن العيب فإذا لم يسلم فات رضاه فيفسخ كما في البيع والمعقود عليه في هذا الباب المنافع وهي تحدث ساعة فساعة فما وجد من العيب يكون حادثاً قبل القبض في حق ما بقي من المنافع فيوجب الخيار، كما إذا حدث العيب بالمبيع قبل القبض ثم إذا استوفى المستأجر المنفعة مع العيب فقد رضي بالعيب **فيلزمه جميع البدل** كما في البيع فإن فعل المؤجر ما أزال به العيب فلا خيار

اهـ إتقاني. **قوله: (والفتوى على قول محمد)** قال الإتقاني قال شيخ الإسلام خواهر زاده: وعليه الفتوى إلى هنا لفظ الفتاوى الصغرى والتتمة اهـ

باب فسخ الإجارة

ذكر الفسخ آخراً لأن فسخ العقد بعد وجود العقد لا محالة فناسب ذكره آخراً اهـ إتقاني. وكتب ما نصه: ثم إنما يلي المستأجر الفسخ إذا كان المؤاجر حاضراً فإنْ كان غائباً فحدث بالمستأجر ما يوجب الفسخ فليس للمستأجر الفسخ لأن فسخ العقد لا يجوز إلا بحضور العاقدين أو من يقوم مقامهما اهـ بدائع. **قوله: (فيلزمه جميع البدل)** قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره: وإذا استأجر الرجل عبداً ليخدمه أو دابة ليركبه إلى مكان معلوم أو داراً فحدث فيها عيب يضر بالانتفاع بما استؤجر من ذلك فالمستأجر بالخيار إن شاء مضى على الإجارة وإن شاء فسخ، وإن مضى على ذلك فعليه الأجرّ تاماً لا ينقص منه شيئاً، وكذلك إن كان الحادث سقوط بيت منها فمضى على الإجارة لا ينقص منه شيئاً وإن كان ماحدث من جميع ذلك لا ينقص الانتفاع به فلا خيار له والإجارة له لازمة، فإن بنى

للمستأجر لأن الموجب للردّ قد زال قبل الفسخ، والعقد يتجدد ساعة فساعة فلم يوجد فيما يأتي بعده/ فسقط خياره. [١٠٥/أ/٣]

قال رحمه الله: (وخراب الدار وانقطاع ماء الضيعة والرحى) أي تفسخ الإجارة بهذه الأشياء **وهذا يشير إلى أن الإجارة لا تنفسخ** بهذه الأشياء **وقال بعضهم: تنفسخ** لأن المعقود عليه وهو المنافع المخصوصة قد فاتت قبل القبض فصار كهلاك المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر **والأول أصح** ووجهه أن المنافع قد فاتت على وجه

المؤاجر ما سقط لم يكن للمستأجر أن يفسخ الإجارة فإن كان المؤاجر غائباً فحدث ما يوجب الفسخ فليس للمستأجر أن يفسخ. وإن سقطت الدار كلها فله أن يخرج كان صاحب الدار شاهداً أو غائباً إلى هنا لفظ الكرخي. والأصل فيه أن العيب إذا حدث بالعين المستأجرة فإن أثر ذلك في المنافع يثبت الخيار للمستأجر كالعبد إذا مرض والدابة إذا مرضت والدار إذا انهدم بعضها لأن كل جزء من المنفعة كالمعقود عليه فحدوث عيب فيه قبل القبض يوجب الخيار وإن لم يؤثر ذلك في المنافع لا يثبت الخيار كالعبد المستأجر للخدمة إذا ذهبت إحدى عينيه وذلك لا يضر بالخدمة أو سقط شعره. وكالدار إذا سقط منها حائط لا ينتفع به في سُكْناها لأن العقد ورد على المنفعة دون العين وهذا النقص حصل بالعين دون المنفعة والنقص بغير المعقود عليه لا يثبت الخيار، ثم فيما يثبت له الخيار إذا استوفى المنفعة يلزمه الأجر كاملاً كالمشتري إذا رضي بالمعيب ثم إذا حدث ما يوجب الفسخ لا يجوز الفسخ إلا بحضور المتعاقدين لأن حضورهما أو حضور نائبيهما شرط الفسخ فإن سقطت الدار كلها فله أن يخرج شاهداً كان صاحب الدار أو غائباً اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله: (وهذا يشير إلى أن الإجارة لا تنفسخ الخ)** ولكن يثبت له حق الفسخ وبه كان يفتي شمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام واستدل بما روى هشام عن محمد أنه لو استأجر بيتاً فانهدم ثم بناه الآجر فليس للمستأجر أن يمتنع من القبض ولا للآجر، فهذا دليل على أن العقد لم ينفسخ ولكنه يفسخ وهذا لأن المنفعة غير فائتة من كل وجه إذْ أصل الموضع يسكن بعد انهدام البناء ويتأتى فيه السكنى بنصب فسطاط وفي انقطاع الماء لو فاتت من كل وجه لكنها تحتمل العود فأشبه إباق العبد وذلك لا يوجب الانفساخ قال: والذي ينفسخ بالانهدام يعود بالبناء ومثله جائز كما في الشاة المبيعة إذا هلكت في يد البائع ينفسخ العقد ثم إذا دبغ جلدها يعود العقد بقدره فكذا هذا بخلاف السفينة إذا نقضت وصارت ألواحاً ثم ركبت وأعيدت سفينة لم يجبر على تسليمها إلى المستأجر لأن السفينة بعد النقض إذا أعيدت صارت السفينة أخرى، ألا ترى أن من غصب ألواحاً وجعلها سفينة ينقطع حق المالك، فأما عرصة الدار لا تتغير بالبناء عليها اهـ كاكي. **قوله: (وقال بعضهم: تنفسخ)** وهذا الذي ذكره هو اختيار القدوري وإليه ذهب صاحب التحفة وأبو نصر البغدادي في شرحه واختيار خواهر زاده وشمس الأئمة بخلاف ذلك اهـ إتقاني

يتصوّر عودها فأشبه إباق المبيع قبل القبض أو المستأجر، وقال في الأصل: إنّ الإجارة في الرحى لا تنفسخ بانقطاع الماء، وقد روى هشام عن محمد أنه لو استأجر بيتاً فانهدم فبناه المؤجر وأراد المستأجر أن يسكنه في بقية المدّة فليس له أن يمنعه من ذلك وكذا ليس للمستأجر أن يمتنع منه وهذا صريح بأنه لا ينفسخ ولكنه يفسخ، ولأن أصل الموضع يسكن بعد انهدام البناء ويتأتى فيه السكنى بنصب الفسطاط فبقي العقد لكن لا أجر على المستأجر لعدم التمكن من الانتفاع به على الوجه الذي قصده بالاستئجار، ولو انقطع ماء الرحا والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته لأنه بقي شيء من المعقود عليه فإذا استوفاه لزمته حصته.

قال رحمه اللّه: (**وتنفسخ بموت أحد المتعاقدين** إن عقدها لنفسه) وقال

رحمه اللّه. **قوله: (والأول أصح)** قال الإتقاني: وفي إجارات شمس الأئمة إذا انهدمت الدار كلها فالصحيح أنه لا تنفسخ الإجارة لكن تسقط الأجرة عنه فسخ أو لم يفسخ اهـ **قوله في المتن: (وتنفسخ بموت أحد المتعاقدين)** قال الإتقاني: وذلك لأن المؤجر إذا مات ينتقل الملك منه إلى ورثته وعقد الإجارة اقتضى استيفاء المنافع من ملك المؤجر لا من ملك غيره فلو بقي عقد الإجارة يلزم استيفاء المنافع من ملك الغير وهذا لا يجوز، وإن مات المستأجر وقد عقد الإجارة لنفسه فكل ماله من المال انتقل إلى ورثته وعقد الإجارة اقتضى أن تستحق الأجرة من مال المستأجر لا من مال غيره، فلو بقي عقد الإجارة بعد موته تكون الأجرة مستحقة من مال غيره وهذا لا يجوز فتعين بطلان الإجارة لعدم إمكان بقائه، بخلاف ما إذا عقد الوكيل أو الوصي أو متولي الوقف حيث لا يبطل الوقف لأن المعنى الذي قلنا في العاقد لنفسه لا يجوز في العاقد لغيره، ونقل في خلاصة الفتاوى عن باب إجارة الظئر أن أحد المتعاقدين لو جن جنوناً مطبقاً لا تنفسخ الإجارة، وقال في الفتاوى الصغرى: بموت الموكل تنفسخ الإجارة وبموت الوكيل لا ونقل في الأجناس عن إجارة الأصل إذا آجر الأب أرض ابنه الصغير أو الوصي ومات لا تبطل الإجارة وكذلك لا تبطل إجارة الظئر بموت والد الصبي الذي استأجرها وتبطل بموت الصبي والمستأجرة. وقال الكرخي في مختصره: وإن ماتت الظئر قبل المدّة أو مات الصبي انتقضت الإجارة وكان لها من الأجر بحسب ما مضى من المدّة قبل الموت. وقال في الأجناس أيضاً: لو آجر الوقف ثم مات قبل انقضاء المدّة لا تبطل الإجارة ولم يذكر فيه القياس ولا الاستحسان ونقله في الخلاصة عن الذخيرة ثم نقل القياس والاستحسان فقال القياس: أن تبطل الإجارة وبه أخذ أبو بكر الإسكاف لأنه في معنى المالك لأنه ليس لأحد حجره، وفي الاستحسان لا تبطل لأنه آجر لغيره كالوكيل اهـ (فرع) قال في القنية: آجر الوقف عليه عشر سنين ثم مات وانتقل إلى مصرف آخر انتقضت الإجارة ورجع بما بقي من الأجر في تركة الميت اهـ وما

الشافعي: لا تبطل بموت أحدهما ولا بموتهما لأن المنافع عنده كالأعيان القائمة فكما لا تبطل في العين لا تبطل فيها، ولنا أن العقد ينعقد ساعة فساعة بحسب حدوث المنافع فإذا مات المؤجر فالمنافع التي تستحق بالعقد هي التي تحدث على ملكه وقد فات بموته فتبطل الإجارة لفوات المعقود عليه لأن رقبة العين تنتقل إلى الوارث، والمنفعة تحدث على ملكه فلم يكن هو عاقداً ولا راضياً به. وإذا مات المستأجر فلو بقي العقد إنما يبقى على أن يخلفه وارثه والمنفعة المجردّة لا تورّث، ولهذا لو مات الموصى له بالخدمة لا تنتقل إلى ورثته، وكذا لو مات المستعير تبطل العارية فكذا الإجارة إذ لا فرق بينهما إلا من حيث أن أحدهما بعوض والآخر بغير عوض وذلك لا تأثير له في حق الإرث كالأعيان المملوكة بعوض أو بغير عوض، إذ الوراثة خلافة ولا تتصوّر إلا فيما يبقى وقتين ليكون ملك المورّث ثابتاً في الوقت الأول ويخلفه الوارث فيه في الوقت الثاني ويقوم مقامه فيه بعينه. والمنفعة الموجودة في حياة المستأجر لا تبقى لتورث والتي تحدث بعد موته لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها فتعين البطلان كعقد النكاح يرتفع بالموت ولا يخلفه فيه ورثته.

قال رحمه اللّه: (وإن عقدها لغيره لا كالوكيل والوصي والمتولي في الوقف) لبقاء المستحق عليه والمستحق حتى لو مات المعقود له بطلت لما ذكرنا، وإن مات أحد المستأجرين أو أحد المؤجرين بطلت الإجارة في نصيبه وبقيت في [نصيب](١) الحي. وقال زفر رحمه اللّه: تبطل في نصيب الحي أيضاً لأن الشيوع مانع من صحة الإجارة فيكون كالمقارن. قلنا: الشروط يراعى وجودها في الابتداء دون البقاء كالهبة وكالشهادة في النكاح.

قال رحمه اللّه: (وتفسخ بخيار الشرط) وقال الشافعي رحمه اللّه: لا يصح اشتراط الخيار فيها لأن المستأجر لا يمكنه ردّ المعقود عليه بكماله إن كان الخيار له إذ لا بدّ له من تلف شيء من المنفعة من مدة الخيار، وإن كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم أيضاً على الكمال لأن ما مضى من المنفعة في مدّة الخيار لا يمكن تسليمه وليس له تفريق الصفقة قبل التمام لأنها لا تتم مع خيار الشرط **بخلاف البيع** لأنه يمكن ردّ جميع المعقود عليه فيه إذ **المبيع** عين تبقى ولنا أنه عقد معاوضة/ [١٠٥ب/٣] ولا

ذكره من الانتقاض هو القياس دون الاستحسان والعمل على الاستحسان واللّه الموفق. **قوله: (بخلاف المبيع)** متعلق بقوله وفوات بعض المعقود عليه يعني أن فوات بعض المعقود عليه يمنع الردّ دون الإجارة اهـ إتقاني. **قوله: (المبيع)** كذا بخط الشارح وعبارة الهداية

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

يجب قبضه في المجلس ويحتمل الفسخ بالإقالة فيجوز شرط الخيار فيه كالبيع، وهذا لأن الخيار شرع في البيع للتروّي حتى إذا كان فيه غبن وخسارة يفسخ، لأن الإجارة تقع بغتة من غير سابقة تأمّل فيمكن أن تصادف غير موافق فيحتاج إلى إزالته فيجوز له اشتراطه كالبيع بخلاف النكاح فإنه لا يقع بغتة بل يتقدّمه السوم والتأمّل في الموافق فلا يحتاج فيه إلى التروي بعده فلا يحتاج إليه، ولأن النكاح لا يقبل الفسخ بالإقالة فلا يؤثر فيه خيار الشرط ولا يفيد، ألا ترى أن الإجارة تفسخ بعيوب مضرة كالبيع ولا كذلك النكاح وبخلاف الصرف والسلم لأن شرط الخيار فيهما يمنع تمام القبض المستحق بالعقد، والعقد فيهما موجب للقبض في المجلس وفوات بعض المعقود عليه لا يمنع الردّ بالعيب فكذا بخيار الشرط للضرورة بخلاف المبيع لأنه يمكن فسخ البيع في جميع المبيع فلا ضرورة، **ألا ترى أن المستأجر يجبر على القبض** بعد مضي بعض المدة من غير شرط الخيار للضرورة وفي البيع لا يجبر عليه بعد هلاك بعضه لعدم الضرورة فعلم بذلك أن هلاك بعض المعقود لا يؤثر في منع الفسخ ولا المضيّ فيها، ولأن العقد في المنافع يقع متفرّقاً لأنه ينعقد ساعة فساعة على ما بينا فصار كل جزء من أجزاء المنفعة مستحقاً بعقد على حدة فلا يتصوّر فيه تفريق الصفقة إذ هو لا يكون إلا فيما ملك بعقد واحد.

قال رحمه اللّه: (والرؤية) أي تفسخ بخيار الرؤية أيضاً. وقال الشافعي: لا يجوز استئجار ما لم يره للجهالة قلنا: الجهالة إنما تمنع الجواز إذا كانت تفضي إلى المنازعة وهذه الجهالة لا تفضي إليها لأنه إن لم يوافقه يردّه فلا يمتنع الجواز، ثم إذا رآه ثبت له خيار الفسخ لأن العقد لا يتم إلا بالتراضي ولا رضا بدون العلم، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه»[١] والإجارة شراء المنافع فيتناوله ظاهر الحديث لفظاً أو دلالةً.

قال رحمه اللّه: (و) تفسخ (بالعذر وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه)

بخلاف البيع اهـ **قوله: (ألا ترى أن المستأجر يجبر على القبض الخ)** قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي في باب إجارة الدور والبيوت: وإن استأجر داراً سنة فلم يسلمها إليه حتى مضى شهر وقد طلب إليه التسليم أو لم يطلب ثم تحاكما لم يكن للمستأجر أن يمتنع من القبض في باقي السنة ولا للمؤاجر أن يمتنع من التسليم. قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: فرق بين هذا وبين المبيع إذا هلك بعضه حيث يتخير المشتري في الباقي، والفرق أن المعقود عليه واحد فإذا هلك بعضه تعيب الباقي أما هاهنا

---

(١) تقدم تخريجه.

أي موجب العقد (إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به) أي بالعقد (كمن استأجر رجلاً ليقلع ضرسه فسكن الوجع أو ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت منه أو حانوتاً ليتجر فيه فأفلس أو آجره ولزمه دين بعيان أو ببيان أو بإقرار ولا مال له غيره أو استأجر دابة للسفر فبدا له منه لا للمكاري) وقال الشافعي: لا تفسخ الإجارة بالأعذار إلا بالعيب لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان ومذهب شريح أن الإجارة غير لازمة ولكل واحد منهما فسخها لأنها أجيزت للضرورة كالعارية ولا حاجة إلى إثبات صفة اللزوم فينفرد كل واحد منهما بالفسخ من غير عذر كالعارية، قلنا: هي عقد معاوضة فيلزم من الجانبين كالبيع وكونه أجيز للحاجة لا يدل على عدم لزومه، ألا ترى أن السلم أجيز للحاجة ويلزم إذا وقع بخلاف العارية فإنها عقد تبرع فلا يلزم على ما بينا، ثم المنافع غير مقبوضة في الإجارة فصار العذر فيها كالعيب قبل القبض في المبيع فيفسخ به، إذْ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهذا هو معنى العذر وفي كل واحد من الأمثلة التي ذكرها عذر ظاهر وفي المضي فيها ضرر بين فوق ضرر العيب فيجوز له الفسخ، وهذا لأن

فالعقد متعدد لأنه ينعقد على حسب حدوث المنفعة فانفساخة فيما مضى لا يقتضي استحقاق الفسخ في المستقبل اهـ إتقاني. **قوله**: (**ومذهب شريح أن الإجارة الخ**) قال الإتقاني وقال ابن أبي ليلى: تفسخ بغير عذر أيضاً كذا ذكر قاضيخان في شرح الجامع الصغير وهو مذهب شريح كذا في شرح الكافي (فروع) قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: فإن أراد صاحبه أن يبيعه لم يكن له ذلك وإن باعه لم يجز لأنه تعلق به حق المستأجر وهو حق الانتفاع فلو نفذنا البيع أبطلنا حق المستأجر وذلك لا يجوز وإن كان عليه دين فحبس به فباعه فهذا عذر وبيعه جائز لأنه لا يتخلص عن عهدة الدين إلا ببيعه إلى هنا لفظ شرح الكافي، وقال في مختصر الطحاوي: ومن آجر داره ثم باعها قبل انقضاء المدّة فيها فإنّ أبا حنيفة ومحمد قالا: للمستأجر منع المشتري فيها ونقض البيع عليه فيها فإن نقضه كان منتقضاً ولم يعد بعد ذلك وإن لم ينقضه حتى فرغت الدار من الإجارة تم بعد ذلك البيع فيها وهو قول أبي يوسف القديم وروى عنه أصحاب الإملاء أنه قال: لا سبيل للمستأجر إلى نقض البيع فيها والإجارة فيها، كالعيب فيها فإن كان المشتري عالماً به فقد برى البائع منه وللمشتري قبض الدار بعد انقضاء الإجارة فيها، وإن لم يكن علم بذلك كان بالخيار إن شاء نقض البيع فيها للعيب الذي وجده بها وإن شاء أمضاه، والذي يرويه محمد من قول أبي حنيفة أنه ليس للمستأجر نقض البيع ولكنه إن أجاز البيع كان في ذلك إبطال ما بقي من إجارته والقول الأوّل إنما رواه من قول أبي حنيفة غيره إلى هنا لفظ الطحاوي في مختصره، وقال الإمام الإسبيجابي في شرح الطحاوي: ومن آجر داره ثم باعها قبل انقضاء

جواز هذا العقد للحاجة ولزومه لتوفير المنفعة على المتعاقدين فإذا آل الأمر إلى الضرر أخذنا/ فيه بالقياس فقلنا: العقد في حكم المضاف في حق المعقود عليه [١٠٦/أ ٣/٣] والإضافة في عقود التمليكات تمنع اللزوم في الحال كالوصية، ثم قال في الجامع الصغير: وكل ما ذكرنا أنه عذر فإنّ الإجارة فيه تنتقض وهذا يشير إلى أنه لا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي لأنه بمنزلة العيب في المبيع قبل القبض فينفرد العاقد بالفسخ وفي الزيادات أن الأمر يرفع إلى الحاكم ليفسخ الإجارة لأنه فصل مجتهد فيه فيتوقف على قضاء القاضي كالرجوع في الهبة، قال شمس الأئمة السرخسي: هذا هو الأصح ومنهم من وفق فقال: إذا كان العذر ظاهراً انفسخ وإلا فيفسخه الحاكم، وقال قاضيخان والمحبوبي: هو الأصح والعذر الظاهر مثل استئجار الحدّاد لقلع الضرس ثم سكن الوجع، أو الطباخ ليطبخ للوليمة ثم خالع المرأة، وقوله: أو آجره ولزمه دين أي آجر الدكان ثم لزمه دين ولا يقدر على إيفائه إلا من ثمن ما آجر، واختلفوا في كيفية فسخه فقال بعضهم: يبيع الدار أوّلا فينفذ بيعه وتنفسخ الإجارة ضمناً لبيعه. **وقال بعضهم**: يفسخ الإجارة أوّلاً ثم يبيع قوله: ولزمه دين بعيان أو ببيان أو بإقرر وإنما ذكره ليبين أنه لا فرق في ثبوت الدين بين أن يكون بمشاهدة أو بإقامة بينة أو بإقرار إذْ بالكل يلحقه ضرر لأنه يحبس به فيتضرر **قوله: أو استأجر دابة** للسفر فبدا له منه لا للمكاري، أي لو استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له أن لا يسافر يعذر، ولو بدا

مدّة الإجارة فإن البيع جائز فيما بين البائع والمشتري حتى أنّ المدة لو انقضت كان البيع لازماً للمشتري وليس له أن يمتنع عن الأخذ إلا إذا طالب المشتري البائع قبل انقضاء مدّة الإجارة فلم يمكنه من ذلك، وفسخ القاضي العقد فيما بينهما فإنه لا يعود جائزاً بمضي المدّة ولو أن المستأجر أجاز البيع جاز وبطلت الإجارة فيما بقي من المدة، ولو فسخ فإنه لا ينفسخ البيع بينهما حتى أن المدة إذا انقضت كان للمشتري أن يأخذ هذا في ظاهر الرواية وروى الطحاوي عن أبي حنيفة ومحمد أن المستأجر له أن ينقض البيع فإذا نقض البيع فإنه لا يعود ورُوي عن أبي يوسف أنه قال: ليس للمستأجر نقض البيع والإجارة فيها كالعيب فإن كان المشتري عالماً وقت الشراء بالإجارة فليس له أن يطالب البائع بتسليم الدار إلى أن يمضي وقت الإجارة وإن لم يكن عالماً وقت الشراء فهو بالخيار إن شاء نقضه بالعيب وإن شاء أمضاه وكذلك هذا الحكم في الإقرار إذا أقر بداره لرجل بعدما آجرها فإنّ إقراره يصح في حق نفسه[١]. **قوله**: (**وقال بعضهم: إلخ**) ظاهر عبارة الكافي رجحان القول السابق على هذا والله الموفق اهـ **قوله**: (**وقوله أو استأجر دابة الخ**) قال الإتقاني: وجملة هذا ما ذكر شيخ الإسلام في شرح الكافي للحاكم الشهيد قال: وإن استأجر دابة إلى بغداد وهي بعينها ثم بدا

---

(١) في الأصل بياض.

للمكاري لا يعذر لأن المكتري بالسفر يلزمه مشقة وضرر وربما يفوت ما يسافر لأجله كالحج وطلب الغريم والمكاري لا يلزمه ذلك الضرر لأنه يمكنه أن يعقد ويبعث على يد تلميذه أو أجيره وكذا لو مرض لما ذكرنا، وروَى الكرخي أنه عذر **لأنه لا يعرى عن ضرر** لأن غيره لا يشفق على دابته مثله وهو لايمكنه الخروج بخلاف ما إذا لم يمرض وعلى رواية الأصل ليس بعذر لما ذكرنا.

قال رحمه الله: (**ولو أحرق حصائد أرض** مستأجرة أو مستعارة فاحترق شيء في أرض غيره لم يضمن) لأن هذا تسبيب وشرط الضمان فيه التعدّي ولم يوجد فصار كما لو حفر بئراً في ملك نفسه فتلف به إنسان بخلاف ما إذ رمى سهماً في ملكه فأصاب إنساناً حيث يضمن لأنه مباشر فلا يشترط فيه التعدّي، لأن المباشر علة فلا يبطل حكمها بعذر والتسبب ليس بعلة فلا بدّ من التعدي ليلتحق بالعلة وإحراق الحصائد في مثله مباح فلا يضاف التلف إليه، وقال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: **هذا إذا كانت الرياح هادئة** حين أوقد النار ثم تحركت لأنه لا صنع له في تحريكها، وأما إذا كانت الرياح مضطربة ينبغي أن يضمن لأنه يعلم أنها لا تستقر فلا يعذر فيضمن، وذكر في النهاية معزياً إلى التمرتاشي أنه لو وضع جمرة في الطريق

للمستأجر أن يقعد فلا يخرج فهذا عذر لأنه قد تتعلق مصلحته بالسفر في زمان دون زمان فإذا وقع الاستغناء عنه اندفعت الحاجة بدونه فيكون عذراً وكذلك لو أراد الخروج في طلب غريم له أو عبد آبق فرجع يعني الغريم أو العبد لأن الحاجة قد اندفعت وكذا لو مرض أو لزمه غريم أو خاف أمراً أو نفقت الدابة أو أصابها شيء لا يستطيع الركوب معه كان هذا عذراً لأنه يتعذر عليه الانتفاع بالمحل المستأجر فإن لم يكن الأمر على ما ذكرت لك وأراد رب الدابة أن ينقض الإجارة ليس له ذلك لأنه لا عذر، وإن عرض لرب الدابة مرض لا يستطيع الشخوص فيه مع دابته لم يكن لرب الدابة أن ينقض الإجارة ولكنه يؤمر أن يرسل معه رسولاً يتبع الدابة، وكذا لو أخذه غريمه لأن الانتفاع يقع بالدابة ولا مانع في حقها وإقامة غيره مقام نفسه ممكن فانتفى الضرر فبقي العقد على ما كان، وإن عطبت كان هذا عذراً لأنه يعجزه عن الانتفاع بها وهذا إذا استأجر دابة بعينها، فأما إذا كانت بغير عينها لم يكن هذا عذراً لأن العجز عن تسليم دابة بعينها لا يكون عجزاً عن تسليم دابة مطلقة فيؤمر أن يأتيه بدابة يحمل عليها لأنه التزم العمل اهـ **قوله: (لأنه لا يعرى عن ضرر)** روى الكرخي في مختصره بقوله وقال أبو يوسف: إن مرض المؤاجر أو أصاب إبله داء فله أن يفسخ إذا كانت بعينها اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (ولو أحرق حصائد أرض الخ)** مسائل منثورة أي: نثرت عن أماكنها وذكرت هنا تلافياً لما فات اهـ وَجَدَ ذلك مكتوباً بخط الشيخ الشلبي رحمه الله **قوله: (هذ إذا كانت الرياح هادئة)** هادية وهادئة بالهمز معناهما ساكنة اهـ

فأحرقت شيئاً ضمن لأنه متعدّ بالوضع ولو رفعته الريح إلى شيء فأحرقته لا يضمن لأن الريح نسخت فعله ولو أخرج الحدّاد الحديد من الكير في دكانه **فوضعه على العلاة** وضربه بمطرقة وخرج شرار النار إلى طريق العامة **وأحرق شيئاً** ضمن ولو لم يضر به ولكن أخرج الريح شيئا فأحرق شيئاً لم يضمن ولو سقى أرضه سقياً لا تحتمله الأرض فتعدّى إلى أرض جاره ضمن لأنه لم يكن منتفعاً فيما فعل بل كان متعدّياً.

قال رحمه الله: (وإن أقعد خياط أو صباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف صح) وهذا/ [١٠٦ب/٣] استحسان **والقياس أن لا يصح** أن المتقبل للعمل إن كان صاحب الدكان **فالعامل أجيره بالنصف** وهو مجهول ولأن الأجرة بعض ما يخرج من العمل فصار كقفيز الطحان، وإن كان المتقبل هو العامل فهو مستأجر لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وذلك مجهول أيضاً وجه الاستحسان أن هذه شركة الصنائع وليست بإجارة لأن تفسير شركة الصنائع أن يكون العمل عليهما، وإن كان أحدهما يتولى العمل بحذاقته والآخر يتولى القبول بوجاهته وإذا وجدنا له سبيلاً إلى الجواز وهو متعارف وجب القول بصحته فيكون العمل واجباً عليهما والقبول جائزاً لهما، إذْ ليس في كلامهما إلا تخصيص أحدهما بالتقبل والآخر بالعمل وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما وراءه فأمكننا إثبات الشركة في التقبل والعمل اقتضاء، ولو صرحا بشركة التقبل فعمل أحدهما ما قبله صاحبه أو ما قبله بنفسه ولم يعمل الآخر لعذر به من مرض ونحوه كانت الأجرة بينهما على ما عرف في موضعه فكذا هنا وقول صاحب الهداية هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فيه نوع إشكال فإن تفسير شركة الوجوه أن يشتركا على أن يشتريا شيئاً بوجوههما ويبيعا وليس في هذه بيع ولا شراء فكيف يتصوّر أن تكون شركة الوجوه وإنما هي شركة الصنائع على ما بينا.

من خط الشارح رحمه الله. **قوله**: (**فوضعه على العلاة**) قال في الصحاح: والعلاة السندان والجمع العلا. ويقال للناقة: علاة تشبه بها في صلابتها يقال ناقة علاة الخلق اهـ **قوله**: (**وأحرق شيئاً**) أي أوفقا عينه فديته على عاقلته اهـ إتقاني. **قوله**: (**والقياس أن لا يصح**) والطحاوي أخذ في هذه المسألة بالقياس. وقال: عندي القياس أولى من الاستحسان اهـ كاكي. **قوله**: (**فالعامل أجيره بالنصف**) أي بنصف ما يتقبل اهـ كاكي. (فرع) وفي المحيط اشترط عقبة للأجير وهو أن يستأجرها اثنان ينزل أحدهما ويركب الآخر ولم يبينا مقدار ركوب كل واحد جاز للعرف وبه قالت الأئمة الثلاثة. وقال المزني: لا يجوز اكتراء العقبة إلا مضمونة في الذمة وهو أن يبين مقدار ركوب كل واحد بالزمان أو الفرسخ، والحاصل أن

قال رحمه الله: (**وإن استأجر جملاً ليحمل عليه محملاً وراكبين إلى مكة** صح وله المحمل المعتاد) والقياس أن لا يجوز وهو قول الشافعي لأن المحمل مجهول فيفضي إلى المنازعة، وجه الاستحسان أن المقصود هو الراكب **وهو معلوم** والمحمل تابع وما فيه من الجهالة **يزول بالصرف إلى المعتاد وكذا إذا لم ير الوطاء** وهو المهاد والدثر وهو ما يلقيه المرء على نفسه والمراد ما يلقيه الراكب على نفسه.

قال رحمه الله: (ورؤيته أحب) أي رؤية المكاري المحمل أجود لأنه أبعد من الجهالة وأقرب إلى العلم بتحقق الرضا منه.

قال رحمه الله: (ولمقدار زاد فأكل منه ردّ عوضه) أي إن استأجر جملاً ليحمل عليه مقداراً من الزاد فأكل منه في الطريق **ردّ عوض ما أكل وقال بعض أصحاب الشافعي**: ليس له أن يردّ عوض ما أكل لأن عرف المسافرين أنهم يأكلون الزاد ولا يردّون بدله، والمطلق يحمل على المتعارف بخلاف الماء حيث يكون له الردّ إذا نفذ ما عنده لأن العرف بينهم جرى بردّه عند نفاذه، ولنا أنه استحق عليه حملاً مقدّراً في جميع الطريق فله أن يستوفيه وصار كالماء، والعرف مشترك فإنّ بعض المسافرين يردّون فلا يلزمنا عرف البعض أو يحمل فعل من لا يرد على أنهم استغنوا عنه فلا يلزم حجة ولهذا يردّه بعضهم وهم المحتاجون إليه.

اكتراء العقبة أي الظهر مبني على العرف إذ المعروف كالمشروط اهـ معراج. **قوله في المتن: (وإن استأجر جملاً ليحمل عليه محملاً وراكبين الخ)** قال في الشامل في قسم المبسوط: استأجر بعيرين إلى مكة ليحمل على أحدهما محملاً فيه رجلان ومالهما من الوطاء والدثر فرآهما ولم ير الوطاء وعلى الآخر زاملة عليه كذا مختوماً من السويق وما يكفي من الماء ولم يبين قدره وما يصلح من الخل والزيت والمعاليق ولم يبين وزنه أو شرط أن يحمل من مكة من هدايا مكة ما يحمل الناس فهو فاسد قياساً لجهالة الحمل وجاز استحساناً لأن التعامل جرى به ويحمل قربتين من ماء واد أو تينٍ من أعظم ما يكون كذا في الشامل اهـ إتقاني. قوله: وجاز استحساناً أي للتعارف وله أن يحمل ما هو متعارف وحكى مثله عن مالك وقال الشافعي وأحمد: لا بدّ من معرفة المحمل والوطاء والدثر والمعاليق وتقدير الزاد لما ذكرنا أنه مجهول جهالة تفضي إلى المنازعة وهو القياس قاله الكاكي رحمه الله. **قوله: (وهو معلوم)** أي: لأن أجسام الناس متقاربة في الغالب اهـ كاكي. **قوله: (يزول بالصرف إلى المعتاد)** أي فلا يؤدّي إلى المنازعة اهـ كاكي. **قوله: (وكذا إذا لم ير الوطاء)** يعني يجوز العقد استحساناً اهـ والوطاء الفرش المفروشة اهـ كاكي. **قوله: (ردّ عوض ما أكل)** أي: وكذا غير الزائد من المكيل أو الموزون اهـ هداية. **قوله: (وقال بعض أصحاب الشافعي إلخ)** وهذا الخلاف إذا أطلق أما إذا شرط الاستبدال يستبدل بلا خلاف، ولو شرط عدم الاستبدال لا يستبدل بلا خلاف، ولو سرق أو هلك بغير أكل أو بأكل غير معتاد يستبدل بلا خلاف اهـ

قال رحمه الله: (وتصح الإجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكفالة والإيصاء والوصية والقضاء والإمارة والطلاق والعتق والوقف مضافاً) أي: مضافاً إلى الزمان المستقبل لأن الإجارة تتضمن تمليك المنافع والمنافع لا يتصوّر وجودها في الحال فتكون مضافة ضرورة، ولهذا قلنا: تنعقد ساعة فساعة على حسب وجود المنفعة وحدوثها على ما بيناه في أوّل الكتاب **وهذا هو معنى الإضافة وفسخها معتبر فتجوز إضافته**، ألا ترى أن البيع لما لم يجز إضافته لا يجوز إضافة فسخه أيضاً إلى الزمان وهو الإقالة لأنه معتبر به، والمزارعة والمعاملة وهي المساقاة إجارة لأن من يجيزهما يجيزهما على أنهما إجارة فيجوز إضافتهما لما ذكرنا، والمضاربة والوكالة من باب الإطلاق وكل ذلك يجوز إضافته/ على ما نبينه. والكفالة التزام [١٠٧/أ/٣] للمال ابتداء فيجوز إضافتها وتعليقها بالشرط كالنذر لكن فيها تمليك المطالبة فلا يجوز تعليقها بمطلق الشرط [بل بشرط ملائم بخلاف الوكالة فإنه يجوز تعليقها بمطلق الشرط][1] إذا كان متعارفاً، والإيصاء وهو إقامة الشخص مقام نفسه في

كاكي. **قوله**: (**وهذا هو معنى الإضافة**) قلت: وليس ما ذكر هو المراد بإضافتها وإنما المراد إضافة العقد إلى الزمان المستقبل كأن يقول: آجرتك هذه الدار غداً شهراً بكذا أو يقول وهو في يوم السبت مثلاً: آجرتك هذه الأرض يوم الجمعة سنة بعشرة، أو قال وهو في رجب أو في ربيع الأوّل: آجرتك دابتي هذه رأس شعبان شهراً بكذا ونحو ذلك. وقد اختلف المشايخ في هذه الإجارة فاختار الشيخ ظهير الدين أن الإجارة المضافة لا تجوز، وقال صاحب المحيط: إضافة الإجارة إلى وقت في المستقبل جائزة، وقال في الفصول المختار: أنها جائزة وكذا قال صدر الإسلام قال في الذخيرة: فلو أراد نقضها قبل مجيء الوقت فعن محمد فيه روايتان في رواية لا يصح النقض، وفي رواية يصح وجه هذه الرواية أنه لم يثبت للمستأجر حق في هذا العقد لأنه غير منعقد أصلاً، ولهذا لا يملك الأجرة بالتعجيل في هذه الإجارة، وجه الرواية الأولى أن العقد انعقد فيما بين المتعاقدين وإن لم ينعقد في حق الحكم فالآجر بالنقض يريد إبطال العقد المنعقد حقاً للمستأجر فلا يقدر على ذلك وعلى هذه الرواية يملك الأجرة بالتعجيل في هذه الإجارة، وإذا باع المؤجر العين المؤجرة في الإجارة المضافة قبل مجيء ذلك الوقت ذكر شمس الأئمة الحلواني في رهن الجامع أن فيه روايتين في رواية لا ينفذ البيع ولاتبطل الإجارة المضافة، وفي رواية ينفذ البيع وتبطل الإجارة وبه أفتى شيخ الإسلام، وفي فتاوى قاضيخان والفتوى على أنه ينفذ البيع وتبطل الإجارة المضافة وهو اختيار شمس الأئمة الحلواني اهـ شرح الوقاية للشيخ قاسم رحمه الله. **قوله**: (**وفسخها معتبر بها فتجوز إضافته**) قال الشيخ قاسم في شرح الوقاية:

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

التصرف بعد الموت والوصية وهي تمليك المال بعد الموت لا يكونان إلا مضافين إذْ الإيصاء في الحال لا يتصور إلا إذا جعل مجازاً عن الوكالة والقضاء والإمارة يجوز تعليقهما بالشرط وإضافتهما إلى الزمان لأنهما تولية وتفويض محض فجاز تعليقهما بالشرط، ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام «أمّر زيد بن حارثة ثم قال: إن قُتل زيد فجعفر وإن قتل جعفر فعبد اللّه بن رواحة»[1] رواه البخاري.

قال رحمه اللّه: (ولا البيع وإجارته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال وابراء الدين) يعني: هذه الأشياء لا تجوز إضافتها إلى الزمان المستقبل لأنها تمليك وقد أمكن تنجيزها للحال فلا حاجة إلى الإضافة بخلاف الفصل الأوّل لأن الإجارة وما شاكلها لا يمكن تمليكه للحال وكذا الوصية، وأما الإمارة والقضاء فمن باب الولاية والكفالة من باب الالتزام وقد بيناه في البيوع واللّه أعلم بالصواب.

قلت: إذا كان المعنى بإضافتها أنها تنعقد ساعة فساعةعلى ما ذكر فلا يصح إذ فسخها يعتبر بها واللّه أعلم اهـ قلت: وظاهر كلامه هنا والذي نقلناه عنه عند قوله سابقاً وهذا هو معنى الإضافة أنه اعتراض على الشارح رحمه اللّه، وأقول: لا اعتراض عليه لقوله أوّل هذه المقالة أي مضافاً إلى الزمان المستقبل وما ذكر من قوله ولهذا قلنا إلى قوله وهذا هو معنى الإضافة إنما هو استيضاح منه لصحة إضافة الإجارة إلى الزمان المستقبل فإن القياس عدم جواز الإجارة لكون المنافع معدومة لكن استحسن جوازها وصار العقد مضافاً إلى حدوث المنافع فينعقد العقد في كل جزء من المنفعة على حسب حدوثه شيئاً فشيئاًولذا قالوا: إنّ عقد الإجارة في حكم عقود متفرقة كما أوضحه الشارح رحمه اللّه عند قول المصنف والأجرة لا تملك بعقد فإذا ثبت أنّ الإجارة في حكم عقود لانعقادها ساعة فساعة وهي بهذا المعنى مضافة فلا خفاء حينئذ في جواز إضافتها إلى الزمان المستقبل فقد بأن لك أن ليس المراد من قوله وهذا هو معنى الإضافة التي أرادها المصنف هنا كيف والشارح يصرح بأن المراد الإضافة إلى الزمان المستقبل فافهم ترشد واللّه الموفق، هذا ما ظهر لكاتبه بلغه اللّه مقاصد بمحمد وآله.

---

(١) تقدم تخريجه.

كتاب المكاتب

قال رحمه الله: (الكتابة تحرير [المملوك][1] يداً في الحال ورقبة في المآل) هذا في الشرع وفي اللغة مدار هذا اللفظ على الجمع ومنه كتب النعل والقربة أي خرزهما والكتب الخرز الواحدة كتبة. ومنه كتب البغلة إذا جمع بين شفريها بحلقة والكتيبة الطائفة من الجيش مجتمعة وسمي هذا العقد كتابة ومكاتبة لأن فيه ضم حرية اليد إلى حرية الرقبة، أو لأن فيه جمعاً بين نجمين فصاعداً أو لأن كلاً منهما يكتب الوثيقة وهو أظهر ثم شرط الكتابة أن يكون الرق قائماً بالمحل وأن يكون البدل معلوم القدر والجنس، وسببها رغبة المولى في بدل الكتابة عاجلاً وفي ثواب العتق آجلاً ورغبة العبد في الحرية وأحكامها حالاً ومآلاً وركنها الإيجاب والقبول وحكمها من جانب العبد فكاك الحجر وثبوت حرية اليد في الحال حتى يكون العبد أخص بنفسه وكسبه ويجب الضمان على المولى بالجناية عليه أو على ماله وثبوت حقيقة الحرية عند الأداء، ولهذا يقال: المكاتب طار عن ذل العبودية ولم ينزل في ساحة الحرية فصار كالنعامة إن استطير تباعر وإن استحمل تطاير. ومن جانب المولى

كتاب المكاتب

ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العتاق كان أنسب ولهذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقيب كتاب العتاق لأن الكتابة مآلها العتق بمال والولاء حكم من أحكام العتق أيضاً وقيل في وجه مناسبة إيراد كتاب المكاتب بعد كتاب الإجارة: أنّ كل واحد من كتاب الإجارة والكتابة عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة، وقولنا: بمقابلة ما ليس بمال احتراز عن البيع والهبة بشرط العوض، وقولنا: بطريق الأصالة احتراز عن النكاح والطلاق والعتاق على مال فإن العوض ليس بأصل في الطلاق والعتاق، وكذا في النكاح لأنه يصح بلا تسمية المال اهـ إتقاني. وقدم الإجارة لأنه أشبه بالبيع من حيث التمليك والشرائط وجريانه في غير المولى وعبده اهـ كاكي. قال الإتقاني: ثم اعلم أن الكتابة لا تجوز قياساً لما فيها من إثبات الدين للمولى على العبد والمولى لا يستوجب على عبده ديناً ولكن جوّزت استحساناً بدليل الكتاب والسنة وإجماع الأمة اهـ **قوله في المتن:**

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

ثبوت ولاية المطالبة بالبدل للحال وثبوت حقيقة الملك عند الأداء وألفاظها أن يقول: كاتبتك على كذا أو ما يدل على ذلك.

قال رحمه الله: (**كاتب مملوكه ولو صغيراً يعقل بمال حال** أو مؤجل أو منجم وقبل صح) **لقوله تعالى:** ﴿**والذين يبتغون الكتاب** مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً﴾ [النور:٣٣] الآية، مطلقة فيتناول جميع ما ذكرنا من الحال والمؤجل والصغير والكبير وكل من يتأتى منه الطلب. وقال الشافعي: لا تجوز كتابة الصغير ولا الكتابة الحالة أما الأوّل فلأن الصغير ليس بأهل للتصرف وهذا بناء على مسألة الإذن للصبي في التجارة فإنه لا يجوز عنده وعندنا يجوز لأنه تصرف نافع وظاهر الآية يشهد

(**المملوك**) ليس في خط الشارح وهو ثابت في نسخ المتن اهـ **قوله في المتن:** (**كاتب مملوكه ولو صغيراً يعقل بمال حاله**) وفي الحال كما امتنع من الأداء يردّ في الرق يعنيْ في عقد الكتابة بلا أجل يطالب المولى العبد بما قبل فإن أدّى عتق وإن امتنع عن الأداء ردّ إلى الرق لأن شرط الفسخ قد وجد وهو فوات لزوم العقد لفوات ما هو المقصود بالعقد ولكن لا يرد في الرق إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي فإن قال: أخرني وله مال حاضر أو غائب يُرجى قدومه أجر يومين أو ثلاثة لأن الإيفاء في مثل هذه المدّة تعجيل دون تأخير كالمديون إذا قال: أبيع عبدي هذا وأقضي حقه لا يحبسه القاضي ويؤجله يومين أو ثلاثة فكذا هنا كذا ذكر الولوالجي اهـ إتقاني مع حذف وكتب ما نصه قال الحاكم الشهيد في باب مكاتبة الصغير من مختصر الكافي: وإذا كاتب الرجل عبداً له صغيراً لا يعقل لم يجز وإن كان يعقل جاز ويكون كالعبد الكبير في جميع أحكامه فإن كان لا يعقل ولا يتكلم فكاتبه ثم أدّى عنه رجل فقبلها المولى لم يعتق لأني لو أجزت هذا لأجزت لو كاتب رجل ما في بطن جاريته فجاء رجل بعد ذلك فأدّى عنه أنه يعتق فليس هذا بشيء ويردّ المال إلى صاحبه إلى هنا لفظ الحاكم، وذلك لأن الجواز يعتمد القبول والذي لا يعقل ليس من أهل القبول والذي يعقل من أهل القبول ويكون كالعبد الكبير في جميع أحكامه، وقوله: لو أجزت هذا لأجزت لو كاتب رجل ما في بطن جاريته إشارة إلى أن أداء الأجنبي إنما يصح إذا انبنى على القبول ولم يوجد القبول لا من الصبي ولا من نائبه وإنما يردّ المال إلى صاحبه لأنه أداء لمقصود ولم يحصل ذلك المقصود ولأنه أداه بسبب باطل فلم يصح أداؤه وقال في شرح الطحاوي: وإن كان لا يعقل لا يجوز إلا إذ قبل عنه إنسان فإنه يجوز ويتوقف على إدراكه فإن أدّى هذا القابل عتق والقياس أن يكون له استرداده وهو قول زفر، وفي الاستحسان ليس له ذلك اهـ إتقاني. **قوله:** (**لقوله تعالى ﴿والذين يبتغون الكتاب﴾**) والكتاب والمكاتبة كالعتاب والمعاتبة ومعناه أن يقول المولى لعبده: كاتبتك على ألف درهم أو كاتبتك بألف درهم فيقول العبد: قبلت وإنما سُمي العقد كتابة لما يكتب فيه من الكتاب على العبد للمولى وعلى المولى للعبد ولم يسم بهذا الاسم سائر العقود وإن كان يوجد فيها معنى

لنا لأن الابتغاء المذكور في الآية يتحقق منه إذ الكلام في صبي يعقل، وأما الثاني فلأنه عاجز عن تسليم المعقود عليه لأنه مملوك لا يقدر على شيء وفي زمان قليل لا يمكنه التحصيل فلا يجوز إلا منجماً أو أقله نجمان ليتمكن من التحصيل إذ القدرة على التسليم شرط لصحة العقد، ألا ترى أن العجز الطارئ يبطلها فالمقارن أولى بخلاف السلم الحال حيث يجوز/ على أصله **لأن العاقد فيه أهل** للملك قبل العقد [١٠٧/ب/٣] فالظاهر أنه قادر على إيفاء ما التزم وإقدامه على العقد يدل على ذلك فيجوز، ولنا إطلاق ما تلونا فإنه يتناول الحال والمؤجل فلا يجوز تقييده لأنه نسخ على ما عرف في موضعه، ولأن البدل في الكتابة معقود به كالثمن في البيع حتى صح الاستبدال به قبل القبض، والقدرة على تسليم الثمن ليست بشرط لصحة العقد فإنّ من ليس عنده شيء جاز أن يشتري ما شاء بما شاء بخلاف السلم على أصلنا فإن المسلم فيه معقود عليه ولا يجوز العقد على المعدوم فجعلنا الأجل عوضاً عما فات من القدرة ليمكنه التحصيل في المدّة، ولأن الكتابة عقد إرفاق فالظاهر أنه يسامحه ولا يطالبه للحال بخلاف السلم فإنه مبنى على المماكسة والمضايقة فالظاهر أنه لا يؤخر الطلب إذا توجه له المطالبة نحوه في الحال، ولأن إعساره في الحال لا يدل على استمراره بل يجوز أن يملك في المجلس أضعاف بدل الكتابة لأن المال غاد ورائح فلا يمتنع به الجواز، ولأن عقود المداينة يعتمد صحتها الأهلية دون القدرة على قضائه حتى جاز لمن لا يملك شيئاً أن يشتري بجملة بخلاف المبيع لأن القدرة على تسليمه شرط ولهذا يشترط أن يكون موجوداً معيناً إلا في السلم لما روي أنه ﷺ نهى عن بيع ما

الكتابة لئلا تبطل التسمية كالقارورة سميت بهذا الاسم لقرار المائع فيها ولا يسمى الكوز ونحوه قارورة وإن كان يقر المائع لئلا تبطل الأعلام اهـ إتقاني. **قوله: (لأن العاقد فيه أهل)** أي لأن القابل للسلم هو الحر والحر قادر لكونه مالكاً للأشياء والعبد لا يملك لكونه عاجزاً اهـ إتقاني. (فرع) قال الإتقاني: ولو قال لعبده: إن أديت إليّ ألفا فأنت حر وإن أديت إليّ قيمتك فأنت حر فأدّاه يعتق لأن العتق معلق بالأداء فقد وجد شرطه، قال الكرخي: ولا يكون هذا كتابة وإن كان ثمة معنى الكتابة من وجه حتى أنّ العبد إذا جاء بالبدل فإنه يجبر على قبوله أي يصير المولى قابضاً له بالتخلية كما في الكتابة وإن لم يقبل المولىّ استحساناً عندنا خلافاً لزفر، وبيان التفرقة بين التعليق والكتابة في مسائل فإنه إذا مات العبد هنا قبل الأداء وترك مالاً فالمال كله للمولى ولا يؤدي عنه فيعتق بخلاف الكتابة، وكذا لو مات المولى في يد العبد كسب فالعبد رقيق يورث عنه مع أكسابه بخلاف الكتابة ولو كانت هذه أَمة فولدت ثم أدّت لم يعتق ولدها بخلاف المكاتبة إذا ولدت ثم أدت فعتقت يعتق ولدها. ولو قال العبد للمولى: حط عني مائة فحط المولى عنه فأدّى تسعمائة فإنه لا يعتق

ليس عند الإنسان ورخص في السلم وإنما اشترط قبول العبد لأنه يلزمه المال فلا بدّ من التزامه والأمر في الآية للندب عند الفقهاء حتى لا يجب على المولى أن يكاتب عبده، وقال داود الظاهري: يجب عليه إذا طلب العبد ذلك وعلم المولى فيه الخير لأن اللّه أمر به والأمر للوجوب وقال بعض مشايخنا: هو للإباحة واشتراط علم الخير فيهم خرج على وفاق العادة فإن العادة جرت على أنه لا يكاتب إلا إذا علم فيه الخير وقد يكون الأمر للإباحة كقوله تعالى: ﴿وإذا حللتم فاصطادوا﴾ [المائدة: ٢]، قلنا: الأمر يكون للندب وهو الظاهر هنا بدليل ما بعده من قوله تعالى: ﴿وآتوهم من مال اللّه الذي آتاكم﴾ [النور: ٣٣]، فإنه للندب فكذا الكتابة قال شمس الأئمة: وحمله على الإباحة ليس بقوي عندي لأنه يؤدّي إلى أنه لا فائدة في ذكر الشرط لأن الكتابة جائزة وإن لم يعلم فيه الخير وكلام اللّه تعالى منزه عن مثله ولا يكون لغير فائدة أصلاً فيكون التعليق بالشرط مفيداً للندبية يعني يستحب له أن يكاتبه إذا طلب العبد وعلم المولى فيه الخير وهو نظير قوله تعالى: ﴿ومن لم يستطيع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم﴾ [النساء: ٢٥] الآية. فإن تعليقه بعدم القدرة على الحرّة للندب حتى لو تزوّج أمة مع القدرة على الحرّة جاز لما عرف في موضعه **والمراد بالخير** المذكور في الآية هو أن لا يضر بالمسليمن بعد العتق، وإن كان يضرّبهم فالأفضل أن لا يكاتبه ولو فعل جاز وقيل: الوفاء وأداء الأمانة والصلاح وقيل: المال والخير يراد به المال قال اللّه تعالى: ﴿إن ترك خيراً﴾ [البقرة: ١٨٠] أي مالاً ﴿وما تنفقوا من خير﴾ [البقرة: ٢٧٣] أي مال وهو أن يكون كسوباً يقدر على أداء البدل ولا يعتق إلا بأداء كل البدل **لقوله** ﷺ: «**المكاتب عبد** ما بقي عليه من

بخلاف الكتابة ولو أبرأ المولى عن الألف العبد لم يعتق ولو أبرأ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق ولو باع هذا العبد ثم اشتراه وأدّى إليه يجبر على القبول عند أبي يوسف، وقال محمد في الزيادات: لا يجبر على قبولها فإن قبلها عتق وكذا لو ردّ إليه بخيار أو عيب، وأما الإعتاق على مال فهو خلاف الكتابة وخلاف تعليق العتق بالأداء فإنه إذا قال لعبده: أنت حرّ على ألف درهم فقبل العبد فإنه يعتق من ساعته ويكون البدل واجباً في ذمته لأنه أعتقه بعوض فمتى قبل يزول المعوّض من صاحبه كما في البيع، وكذا إذا قال لعبده: أنت حرّ على قيمة رقبتك وقبل ذلك فإنه يعتق كذا في التحفة وغيرها اهـ سيأتي في كلام الشارح عند قول المصنف وكتابة عبده أن العتق على مال فوق الكتابة لأنه لا يقبل النقص والكتابة تقبله اهـ **قوله**: (**والمراد بالخير إلخ**) ثم قال بعضهم: المراد من الخير المذكور إقامة الصلوات الخمس وأداء الفرائض اهـ إتقاني. **قوله**: (**لقوله ﷺ «المكاتب عبد» إلى آخر الحديث**) وقد روى الحسن بن زيادة عن أبي حنيفة في المجرد عن إبراهيم عن زيد بن ثابت أنه كان يقول:

مكاتبته درهم»[1] رواه أبو داود. وقال عليه الصلاة والسلام: «أيما عبد كوتب على مائة أوقية فأداها إلا عشر أوقيات من مكاتبه فهو رقيق»[2] رواه أبو داود والترمذي وأحمد وغيرهم، ولأن المولى لم يسلم له العوض فلا يسلم للعبد المعوّض لأن العقد يقتضي المساواة، واختلف الصحابة رضي الله عنهم فيه فمذهب علي رضي الله عنه أنه يعتق بقدر/ ما أدّى اعتباراً للجزء بالكل وبه يستويان فيما يسلم لهما من البدل. [١٠٨/أ ٣/] ومذهب ابن مسعود أنه يعتق إذا أدى قدر قيمته لأنه يقوم مقامه ويندفع به الضرر عن المولى والباقي دين في ذمّته. ومذهب ابن عباس أنه يعتق بنفس العقد ويكون البدل ديناً في ذمّته كأنه جعل الكتابة واردة على الذمة كالعتق **ومذهب زيد** بن ثابت أنه لا يعتق منه شيء حتى يؤدّي الكل وبه أخذ علماء الأمصار لما روينا وقد ثبت له بعض أحكام الحرية على ما بينا ولا حاجة إلى إثبات الحرّية، ويعتق العبد بأداء البدل وإن لم يقل له المولى: إذا أديت إليّ فأنت حر وقال الشافعي: لا يعتق إلا إذا قال له ذلك لأن الكتابة ليس فيها إلا ضرب المال على عبده منجماً وذلك لا يوجب العتق عند الأداء فلا بدّ من تعليق العتق بالأداء ليقع العتق عنده قلنا: موجب الكتابة هو العتق عند الأداء لأنها تنبئ عن الجمع وهو الجمع لحرية اليد إلى حرية الرقبة عند الأداء، وما قاله الشافعي أنها عبارة عن ضم نجم إلى نجم لا يستقيم لأنه لو ضرب على عبده مالاً على نجوم لا يسمى مكاتباً ولا يثبت له شيء من أحكام الكتابة حتى يجوز بيعه ونهيه على التصرف ويملك أخذ كسبه بلا إذنه ولا تأثير لتعليق العتق في ثبوت أحكام الكتابة، ألا ترى أنه إذا علقه بشرط آخر لا يثبت له شيء من أحكامها وكذا إذا علقه بأداء المال بأن قال: إن أدّيت إليّ ألفاً فأنت حرّ فعلم بذلك أن هذه الأحكام تثبت بعقد الكتابة فكذلك العتق يثبت به عند الأداء لأن حكم العقد يثبت من غير تنصيص عليه كما في سائر العقود وكان القياس أن يعتق بمجرّد العقد لأن حكم العقد يثبت عقيبه لكن تركنا ذلك بما روينا، ولأنه لو عتق كان المولى يتضرر بخروج عبده عن ملكه بعوض في ذمّة المفلس فلا يصار إليه، ونظير ما قلنا في الإجارة لما لم يمكن ملك المنفعة في الحال تأخر ملك البدل أيضاً اعتباراً للمساواة بينهما ولا يجب عليه حط شيء من بدل الكتابة، وقال الشافعي رحمه الله: يجب عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان رضي الله عنه لقوله تعالى: ﴿وآتوهم من مال

المكاتب عبد ما بقي عليه درهم اهـ إتقاني. **قوله**: (**ومذهب زيد الخ**) وقول ابن عمر وعائشة

---

(١) أخرجه أبو داود في العتق (٣٩٢٦).

(٢) أخرجه الترمذي في البيوع (١٢٦٠)، وأبو داود في العتق (٣٩٢٧)، وأحمد في مسنده (٦٦٢٨).

اللّه الذي آتاكم﴾ [النور:٣٣] أمر وهو للوجوب ولنا أن العقد يوجب البدل فلا يجوز أن يكون موجباً لإسقاطه إذْ العقد لا يقتضي شيئاً وضدّه **كسائر عقود المعاوضة**، ولو كان واجباً لوجب في البدل الآخر كذلك لأنّ العقد يقتضي المساواة بينهما، والمراد بالأمر في الآية الندب دون الحتم بدليل ما تقدّم من الأمر بالكتابة فإنه للندب فكذا هذا، وليس هذا من باب الاستدلال بالقرآن في النظم مثل قوله تعالى: ﴿وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة﴾ [النور:٥٦] لأن تلك الآية مشتملة بكلمتين مستقلتين **لا ارتباط لإحداهما بالأخرى** فلا يجوز أن يستدل بحكم إحداهما على حكم الأخرى وأما هنا فالثانية مرتبطة بالأولى إذ البدل المأمور به في الأولى هو البدل المأمور به في الثانية **وعن الكلبي المراد بالإيتاء** دفع الصدقة إليهم رواه عن جماعة من الصحابة رضي اللّه عنهم، ولفظ الإيتاء يدل عليه لأنه للتمليك لا للحط فعلى هذا يجوز أن يكون المراد به هو دفع الزكاة إليهم بل هو الظاهر لأنهم المراد بقوله تعالى وفي الرقاب في آية الصدقات ويجوز أن يراد به دفع الصدقة بعد الأداء لأنهم من جملة/ [١٠٨ب/٣] فقراء المسلمين كل ذلك ممكن لأن الواو في الآية لا تقتضي الترتيب والقرآن.

قال رحمه اللّه: (وكذا إذا قال: جعلت عليك ألفاً تؤديه نجوماً أوّل النجم كذا وآخره كذا فإذا أدّيته فأنت حرّ وإلا فقنّ) يعني: يكون مكاتباً بهذا القول مثل ما يكون مكاتباً بالقول الأوّل وهذا استحسان والقياس أن لا يكون مكاتباً به لأن النجوم فصول الأداء وله أن يضرب على عبده ما شاء من المال فيما شاء من المدّة وقوله بعد ذلك: إن أدّيته فأنت حرّ هو تعليق العتق بأداء المال وهو لا يوجب الكتابة وجه الاستحسان أن العبرة للمعاني دون الألفاظ حتى كانت المضاربة بشرط أن يكون الربح كله للمضارب قرضاً وبشرط أن يكون لرب المال بضاعة وقد أتى بمعنى الكتابة هنا مفسراً فينعقد به كما إذا أطلق الكتابة بل أولى لأن المفسر أقوى، وقوله: إذا أدّيته فأنت حرّ لا بدّ منه لأن ما قبله محتمل يحتمل الكتابة **ويحتمل الضريبة** وبه تترجح

وأم سلمة مثل قول زيد كذا في شرح الأقطع اهـ إتقاني. **قوله: (كسائر عقود المعاوضة)** الذي بخط الشارح كسائر العقود المعاوضة اهـ **قوله (لا ارتباط لإحداهما بالأخرى)** الذي بخط الشارح لا ارتباط لاحدهما في الأخرى. **قوله: (وعن الكلبي المراد بالإيتاء إلخ)** قال الإتقاني: ولا حجة للخصم في قوله تعالى: ﴿وآتوهم من مال اللّه الذي آتاكم﴾ [النور: ٣٣] لأن مال الكتابة لا يطلق عليه اسم مال اللّه كما يطلق على أثمان البياعات وأجرة الإجارات وإنما يطلق مال اللّه على أموال القرب كالصدقات والزكوات والعشر وخمس الغنيمة فكأنه تعالى أمرنا بإعطاء المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا بذلك على أداء الكتابة

جهة الكتابة، وقوله: وإلا فقنّ أي إن لم تؤدّه فأنت رقيق فضلة من الكلام غير محتاج إليه كما لا يحتاج إليه في الكتابة، **ولو قال له: إذا أدّيت إليّ ألفاً** كل شهر مائة [فأنت حرّ](١) فهي مكاتبة في رواية أبي سليمان لأن التنجيم يدل على الوجوب ولا يجب على العبد لسيده إلا بالكتابة **فيعلم بذلك أن مقصود المولى الكتابة** ولأن التقسيط للتخفيف والتخفيف لا يكون إلا بعد الوجوب وذلك بالكتابة، وفي رواية أبي حفص ليست بمكاتبة بل يكون إذناً اعتباراً بالتعليق بالأداء بدفعة واحدة والتنجيم ليس من خصائص الكتابة حتى يجعل تفسيراً لها لأنه يدخل في سائر الديون، وقد تخلو الكتابة عنه فلم يوجد ما تختص به الكتابة فلا يكون مكاتباً وهو الأصح.

قال رحمه الله: (فيخرج من يده) أي: إذا صحت الكتابة يخرج المكاتب من يد المولى لأن موجب الكتابة مالكية اليد في حق المكاتب، ولهذا لا يكون للمولى منعه من الخروج والسفر ولو شرط في الكتابة أن لا يخرج من البلد لا يصح الشرط لأن المقصود من الكتابة أن يتمكن من أداء المال بالتكسب وقد لا يتمكن من ذلك إلا بالخروج فيطلق له الخروج.

قال رحمه الله: (دون ملكه) أي: لا يخرج من ملك المولى لما روينا ولأنها

اهـ **قوله: (ويحتمل الضريبة)** قال في المجمع: والضريبة واحدة الضرائب التي تؤخذ في الأرصاد والجزية ونحوها، ومنه ضريبة العبد وهي غلته اهـ **قوله: (ولو قال له: إذا أدّيت إليّ ألفاً إلخ)** قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي: وإن قال: إن أدّيت إليّ ألفاً كل شهر مائة فأنت حرّة وقبلت فهذا مكاتبة وليس له أن يبيعها وإن كسرت شهراً واحداً ثم أدّت إليه ذلك الشهر كان جائزاً، ولو قال لها: إذا أدّيت إليّ ألفاً في هذا الشهر فأنت حرّة فلم تؤدّه في ذلك الشهر وأدّته في غيره لم تعتق قال أبو الفضل هكذا في رواية أبي سليمان هاتان المسألتان وكذلك في كتاب أبي يوسف ووجدت رواية أبي حفص وهشام بخلاف ذلك في السياق والجواب قال: ولو قال لها: إذا أدّيت إليّ ألفاً كل شهر مائة فأنت حرة فقبلت ذلك فليست هذه بمكاتبة وله أن يبيعها ما لم تؤدّ وإن كسرت شهراً واحداً وأدّت إليه في غير ذلك الشهر لم تعتق، ألا ترى أنه لو قال لها: إن أديت إليّ ألفاً في هذا الشهر فأنت حرّة فلم تؤدّها في ذلك الشهر وأدّتها في غيره لم تعتق إلى هنا لفظ أبي الفضل الحاكم الشهيد المروزي رحمه الله في باب العتق على مال أراد بإحدى المسألتين قوله: ليس له أن يبيعها وبالأخرى، قوله: فإن كسرت شهراً واحداً ثم أدّت إليه اهـ غاية. **قوله: (فيعلم بذلك أن مقصود المولى الكتابة)** وجه رواية أبي سليمان أنه أتى بمعنى الكتابة وهو الأداء منجماً وإن لم يأت بلفظ الكتابة والعبرة للمعاني ووجه رواية أبي حفص أنه تعليق بصورته فلا يغير إلا

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

عقد معاوضة فتقتضي المساواة بين المتعاقدين وأصل البدل يجب للمولى في ذمته بنفس العقد لكنه ضعيف لا يتم ملكه فيه إلا بالقبض، لأن ثبوته في ذمته مع المنافي إذ المولى لا يستوجب على عبده ديناً **ولهذا لا تصح الكفالة به** فيثبت للعبد بمقابلته مالكية ضعيفة أيضاً فإذا تم للمولى الملك بالقبض تم المالكية للعبد أيضاً، وتمام المالكية لا يكون إلا بالعتق فيعتق لضرورة المالكية فتتحقق المساواة بذلك ابتداء وانتهاء. ولو أعتقه المولى عتق بعتقه لبقاء ملكه فيه وسقط عنه بدل الكتابة لأنه لم يلتزمه مجاناً وإنما التزمه مقابلاً بالعتق **وقد حصل بدونه**.

قال رحمه الله: (**وغرم إن وطئ مكاتبته أو جنى عليها أو على ولدها أو أتلف مالها**) لأنها بعقد الكتابة خرجت من يد المولى وصار المولى كالأجنبي فصارت أحق بنفسها وكسبها لتتوصل إلى المقصود بالكتابة وهي حصول الحرية لها والبدل للمولى بناء على كونها أحق بمالها ونفسها، ولولا ذلك لأتلف المولى ما في يده ولم يحصل لها الغرض المبتغى بالكتابة. ومنافع البضع ملحق بالأجزاء فيجب عليه عوضه / وهو العقر عند إتلافه بالوطء وانتفى الحدّ للشبهة. [١٠٩/أ/٣]

قال رحمه الله: (**وإن كاتبه على خمر أو خنزير أو قيمته أو عين لغيره أو مائة ليردّ سيده عليه وصيفاً فسد**) أما الكتابة على الخمر أو الخنزير فلأنه ليس بمال في حق المسلم فلا يصلح عوضاً فيفسد العقد وهذا لأن تسمية ما ليس بمتقوم في عقد يحتاج فيه إلى تسمية البدل لصحته توجب فساد العقد كالبيع بخلاف النكاح حيث

لضرورة ولا ضرورة اهـ إتقاني. **قوله: (ولهذا لا تصح الكفالة به)** أي ببدل الكتابة لضعفه اهـ من خط الشارح. **قوله: (وقد حصل بدونه)** أي بدون أداء بدل الكتابة اهـ **قوله في المتن: (وغرم إن وطيء مكاتبته أو جنى عليها إلخ)** قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في كتاب الجنايات من مختصره: وإذا جنى المدبر على مولاه أو رقيق مولاه أو متاعه فهو هدر كله وكذلك إذا جنى المولى عليه فجنايته هدر ولا يلزم المولى شيء لأنه عبده وكذلك أم الولد في جنايتها على المولى وجناية المولى عليها هدر لأنها مملوكة له وما جنى عليها فأرش ذلك للمولى، وأما المكاتب فجناية المولى عليه تلزم المولى وجناية المكاتب على سيده تلزم المكاتب وكذلك جناية المولى على رقيق المكاتب أو ماله يلزم كل واحد منهما ما جنى على صاحبه في نفسه أو ماله إلى هنا لفظ الكرخي وقال شمس الأئمة البيهقي في كفايته: جناية المولى على مكاتبه عمداً لا توجب القود لأجل الشبهة ولو قتل المكاتب مولاه عمداً يجب القود لما عرف اهـ إتقاني. (فرع) ثم الفرق بين الكتابة الجائزة والفاسدة أن في الفاسدة يردّه المولى في الرق ويفسخ الكتابة بغير رضاه وفي الجائزة لا يفسخ إلا برضا العبد وللعبد أن يفسخ في الجائز والفاسد جميعاً بغير رضا المولى كذا في شرح الطحاوي اهـ إتقاني. **قوله:**

لا يفسد بتسمية الخمر أو الخنزير لأنه لا يحتاج لصحته إلى تسمية حتى يجوز النكاح بلا تسمية المهر ومع نفيه فكذا إذا سمى ما لا يصلح مهراً لأن وجوده كعدمه وأما إذا كاتبه على قيمة نفسه فلأنها مجهولة القدر إذْ هي تختلف باختلاف المقوّمين **وكذا جنسها مجهول** لأن القيمة تعتبر بجنس الثمن وهو النقدان ولم يتعين واحد منهما ففسد لتفاحش الجهالة كما إذا كاتبه على ثوب أو دابة لأن الثوب والدابة أجناس مختلفة وما هو مجهول الجنس لا يثبت في الذمة أصلاً حتى في النكاح، ولأن موجب الكتابة الفاسدة القيمة فالتنصيص عليها تنصيص على موجب العقد الفاسد فيكون فاسداً، ولا يقال: لو كاتبه على عبد يجوز ويجب عليه عبد وسط أو قيمته حتى لو أتى بقيمته يجبر المولى على قبولها ولو كانت الكتابة على القيمة فاسدة لما صح ذلك، لأنا نقول: القيمة في مسألة الكتاب لو وجبت لوجبت قصداً وهي مجهولة فلا يمكن إيجابها قصداً وفيما إذا كاتبه على عبد تجب حكماً لا قصداً وكم من شيء يثبت حكماً لغيره وإن كان لا يثبت قصداً، ألا ترى أن الأضحية بالعجل لا تجوز وتجوز تبعاً لأمه وكذا بيع الجنين لا يجوز ويجوز تبعاً لأمه، وأما إذا كاتبه على عين لغيره فلأنه لا قدرة له على تسليمه. والمراد به شيء يتعين بالتعيين كالثوب والعبد وغيرهما من المكيل والموزون غير النقدين **حتى لو كاتبه على دراهم** أو دنانير بعينها وهي لغيره تجوز الكتابة لأن النقود لا تتعين بالتعيين في العقود التي هي معاوضة ولا في فسوخها وإنما يجب مثلها في الذمة، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه اللّه أن الكتابة على عين الغير جائزة حتى لو ملكها

(وكذا جنسها مجهول) قال الإمام ظهير الدين الولوالجي في فتاواه: ولو كاتبه على قيمته لم يجز فإن أدّاها عتق أما عدم الجواز فلأن قيمة العبد لا تصلح مهراً حتى لو تزوج امرأة على قيمة هذا العبد لا تصح التسمية وما لا يصلح مهراً في باب النكاح لا يصلح بدلاً في باب الكتابة بالطريق الأولى، وأما العتق عند الأداء فلأن في الكتابة شيئين معاوضة وتعليقاً فأي المعنيين اعتبرنا يعتق، أما المعاوضة فلأن القيمة تصير عوضاً لأن العقد فاسد وأما التعليق فلأن العتق يتعلق بأداء القيمة وقد وجد ولو كاتبه على ثوب لم يجز لأن ما سمي لا يصلح مهراً في باب النكاح فلا يصلح بدلاً في الكتابة فإن أدى لم يعتق بأداء العوض بخلاف القيمة لأنها تصلح عوضاً في المعاوضات لأنها معلومة الجنس وتصير معلومة القدر إذا أدّى أقصى قيمته وهي ملفوظة فيتعلق العتق بأدائها كذا في فتاوى الولوالجي ثم قالوا: يعتبر في القيمة ما تصادقا عليه لأن الحق لهما فلا يعدوهما وكذا إذا قوّم المقومون فإن اختلف المقومون في القيمة يعتبر أقصى القيمتين لأن شرط العتق لا يثبت إلا بيقين اهـ غاية.

قوله: (حتى لو كاتبه على دراهم الخ) قال الحاكم الشهيد في الكافي: فإن كاتبها على عين

العبد وسلمها إلى المولى عتق وإن عجز ردّ في الرق لأن المسمى مال متقوّم والقدرة على التسليم موهومة فصار كالمهر وجه ظاهر الرواية أن العين في المعاوضات معقود عليها والقدرة على تسليم المعقود عليه شرط الصحة في العقود التي تحتمل الفسخ وتسليم تلك العين ليس في قدرة العبد فلا تصح تسميته، بخلاف ما إذا كان البدل غير عين لأنه معقود به فلا تشترط القدرة عليه ولهذا جوّزنا الكتابة الحالة وبخلاف النكاح لأن القدرة على ما هو المقصود بالنكاح وهو تسليم منافع البضع ليس بشرط حتى لو تزوّج صغيرة رضيعة جاز فعلى ما هو تابع فيه وهو الصداق أولى أن لا يشترط فيه القدرة ولهذا جاز مع نفي الصداق أيضاً، ولأن الكتابة شرعت على وجه يختص المكاتب بمكاسبه فيثبت له حرّية اليد في الحال وتتراخى حرّية الرقبة إلى وقت الأداء فلو جاز هذا لثبتت حرية اليد والرقبة في حالة واحدة لا على وجه التعاقب فيكون إعتاقاً ببدل ولا يكون كتابة لأن الكتابة شرعت لإثبات الحرّيتين على التعاقب فإذا لم يحصلا لم تنعقد أصلاً لأن كل عقد لا يحصل فيه مقصوده لا ينعقد، ولأنها/ لو [١٠٩ب/٣] جازت هذه الكتابة لكن الأداء من مال المولى إذ الإجارة تستند إلى العقد فتصير العين من أكسابه وقت العقد وكسبه وقت العقد ملك له فكانت الكتابة على مال المولى لا من كسب العبد بعد العقد فلا يجوز، وإنما قلنا ذلك لأن العبد يصير مستقرضاً للعين من وقت العقد فيدخل في ملك المولى ضرورة ولو أجاز صاحب العين ذلك رُوي عن محمد رحمه اللّه أنه يجوز لأنه لو اشترى به شيئاً يجوز بالإجازة مع أنه مبني على المماكسة[1] فالكتابة أولى أن تجوز لكونها مبنية على المسامحة والمساهلة، وعن أبي حنيفة رحمه اللّه أنه لا يجوز لأنه لا يفيد للمكاتب ملك كسبه وهو المقصود بالكتابة لأنها تثبت للحاجة إلى الأداء من المكاسب ولا حاجة إذا كان البدل عيناً لأنه ينعدم به مقصود الكتابة على ما بينا، وعن أبي يوسف رحمه اللّه أنه يجوز أجاز ذلك أو لم يجز غير أنه عند الإجازة يجب تسليم العين وعند عدم الإجازة يجب عليه تسليم قيمة العين كما في النكاح، وروى أبو يوسف رحمه اللّه عن أبي حنيفة رحمه اللّه أنه إن ملك ذلك العين فأدّى لم يعتق إلا أن يكون المولى قال له: إذا أدّيت إليّ تلك العين فأنت حرّ فحينئذ يعتق بحكم التعليق وذكر في اختلاف زفر

بعينه لرجل لم يجز وكذا كل ما عينه من مال غيره من عرض أو مكيل أو موزون فإن قال: كاتبتك على ألف فلأن هذه جازت المكاتبة لأنها تقع على مثلها فإن أدّت غيرها عتقت وكذلك إن قال: كاتبني على ألف درهم على أن أعطيها من مال فلان إلى هنا لفظ الحاكم

---

(١) انتقاص الثمن واستحطاطه، والمنابذة بين المتبايعين. انظر النهاية في غريب الحديث (٤/ ٣٤٩).

ويعقوب أن قول زفر كذلك وهي رواية الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف رحمه الله وروى صاحب الإملاء عن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتق بالأداء قال له المولى ذلك أو لم يقل لأن العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالاً متقوّماً وقد وجد الأداء فيعتق كما إذا كاتبه على خمر فأدّاها، وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن تلك العين لم تصر بدلاً في هذا العقد بتسميته لأنه لا يقدر على تسليمه فلا ينعقد العقد أصلاً فيعتق إن أدّى باعتبار صريح التعليق وإن لم يصرح لا يعتق كما لو كاتبه على ثوب أو ميتة، وإن كاتبه على عين في يد المكاتب وهو من كسبه بأن كان مأذوناً له في التجارة ففيه روايتان: في رواية يجوز لأنه كاتبه على بدل معلوم يقدر على تسليمه وفي رواية لا يجوز لأن المولى كاتبه على مال نفسه إذْ الكلام في عين اكتسبه من قبل، ولو كاتبه على دراهم في يد العبد يجوز باتفاق الروايات **لأنها لا تتعين في عقود المعاوضة** وأما إذا كاتبه على مائة دينار **على أن يرّد عليه سيده وصيفاً** فالمذكور هنا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله: تجوز الكتابة وتقسم المائة على قيمة المكاتب وعلى قيمة وصيف وسط فما أصاب الوصيف يسقط عنه ويكون مكاتباً بما بقي لأن كل ما جاز إيراد العقد عليه جاز استثناؤه من العقد، وتجوز الكتابة على وصيف فكذا يجوز استثناؤه من عقد الكتابة لأن جهالة المستثنى منه بقدر جهالة المستثنى وجهالة المستثنى هي جهالة وصيف وهي لا تمنع صحة التسمية فكذا جهالة الباقي لا تمنع صحة التسمية ولهما أن بدل الكتابة مجهول القدر فلا تصح كما إذا كاتبه على قيمة الوصيف، وهذا لأن الوصيف لا يمكن استثناؤه من الدنانير إلا باعتبار القيمة وتسمية القيمة تفسد العقد كما بينا فكذا استثناؤها لما عرف أن الاستثناء معتبر بالتسمية على معنى أن كل ما يصلح تسمية يصلح استثناء وما لا فلا فكانت هذه الجهالة مفسدة، ولأن هذا عقد اشتمل على بيع وكتابة لأن ما كان من الدنانير بإزاء الوصيف الذي ردّه المولى بيع وما كان منها بإزاء رقبة المكاتب هو/ مكاتبة فتبطل لجهالة الثمن والمثمن وكذا الكتابة، [١١٠/أ ٣/٢] ولأنها لو جازت على هذا الوجه لجازت بالحصة ابتداء ولأنه صفقة في صفقة وهي بيع في كتابة فلا تجوز للنهي عنها.

اهـ إتقاني. **قوله: (لأنها لا تتعين في عقود المعاوضة)** الذي بخط الشارح لأنها لا تتعين في العقود المعاوضة اهـ **قوله: (على أن يردّ عليه سيده وصيفاً)** قال في الهداية: على أن يرد المولى عليه عبداً بغير عينه قال في الدراية: قيد به إذ لو كان العبد معيناً يجوز بالاتفاق لجواز بيع المعين بالاتفاق فكذا استثناؤه ذكره في المخلف وعند الأئمة الثلاثة لا يجوز

قال رحمه اللّه: (فإن أدّى الخمر عتق) لأن العقد منعقد وإن كان فاسداً فيعتق بالأداء وقال زفر: لا يعتق إلا بأداء قيمة نفسه لأن البدل في الكتابة الفاسدة هو القيمة فيعتق بأدائه ولا يعتق بأداء ما ليس ببدل هكذا ذكره في الكافي وعزاه إلى المبسوط والذخيرة وكذا ذكره في الهداية وفي بعض نسخ الهداية وقال زفر رحمه اللّه: لا يعتق إلا بأداء قيمة الخمر وهو غلط من الكاتب **وعن أبي يوسف** أنه يعتق بأداء الخمر لأنه بدل صورة **ويعتق بأداء القيمة** أيضاً لأنه هو البدل معنى، وعن أبي حنيفة ومحمد رحمهما اللّه أنه يعتق بأداء عين الخمر إذا قال: إن أدّيتها فأنت حرّ باعتبار أنه معلق بالشرط وقد وجد الشرط فصار نظير ما لو كاتبه على ميتة أو دم فإنه لا يعتق إلا في صورة التعليق **وفي ظاهر الرواية يعتق بأداء الخمر** وكذا الخنزير والفرق بينهما وبين الميتة والدم أن الخمر والخنزير مال في الجملة وإن لم يكن لهما قيمة في حق المسلمين فانعقد بهما العقد، وموجب الانعقاد العتق عند أداء البدل المشروط وأما الميتة والدم فليسا بمال أصلاً عند أحد فلم ينعقد العقد بهما فاعتبر فيهما معنى الشرط لا غير وذلك بالتعليق صريحاً.

قال رحمه اللّه: (وسعى في قيمته) لأنه وجب عليه ردّ رقبته لفساد العقد وقد تعذر الردّ بالعتق فيجب عليه ردّ قيمته كما في البيع الفاسد إذا أعتق المشتري المبيع أو تلف في يده.

قال رحمه اللّه: (ولم ينقص من المسمى وزيد عليه) لأنه عقد فاسد فتجب فيه القيمة بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد غير أن المولى لم يرض أن يعتقه بأقل مما سمي فلا ينقص منه إن نقصت قيمته عن المسمى والعبد يرضى بالزيادة حتى ينال شرف الحرّية فيزاد عليه إذا زادت قيمته على المسمى، وفيما إذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء القيمة **لأنه هو البدل** في الفاسد ذكرها أو لم يذكرها فأمكن اعتبار

في المعين وغيره لأنه شرط فاسد أو صفقة في صفقة اهـ **قوله: (وعن أبي يوسف الخ)** هذا الحكم ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة ذكره في المبسوط والذخيرة فعلى هذا ينبغي أن لا يخص أبا يوسف وأن لا يذكر بكلمة عن اهـ كاكي وبمعناه في النهاية. **قوله: (ويعتق بأداء القيمة)** أي بأداء قيمة نفسه اهـ ا ك. **قوله: (وفي ظاهر الرواية يعتق بأداء الخمر)** أي سواء كان قال في العقد: إن أديت الخمر فأنت حر أو لم يقل ذلك اهـ كاكي. وكتب ما نصه ذكر في الأصل إن كاتبه على ميتة أو دم لم يجز فإن أدّى الميتة أو الدم لا يعتق إلا إذا صرح بالشرط وقال: إذا أديت الميتة أو الدم فأنت حر فحينئذ يعتق لأجل اليمين لا لأجل الكتابة ولا يلزمه شيء لأن العتق حصل بقضية التعليق لا بقضية المعاوضة اهـ إتقاني. **قوله: (لأنه هو البدل)** أي القيمة على تأويل المذكور أو ذكره بتذكير الخبر وفي الذخيرة ومبسوط شيخ الإسلام

معنى العقد فيه وأثر الجهالة في الفساد لا في إبطال العقد **بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب** حيث لا يعتق بأداء ثوب لأنه يختلف اختلافاً فاحشاً لا يوقف على مراد المولى فكانت الكتابة باطلة فلا تعتبر أصلاً حتى لو أدّى قيمته أيضاً لا يعتق إلا إذا علقه به قصداً بأن قال: إن أدّيت إليّ ثوباً فأنت حرّ فحينئذ يعتق بأداء ثوب لأنه تعليق صريح فصار من باب الأيمان وهي تنعقد مع الجهالة فينصرف إلى ما ينطلق عليه اسم الثوب، والمكاتبة معاوضة فتمتنع بالجهالة الفاحشة وما فيه من معنى اليمين تابع لأنه يثبت في ضمن المعاوضة فيبطل ببطلان المعاوضة فلا يعتبر أصلاً، والأصل فيه عند علمائنا الثلاثة أن المسمى متى كان شيئاً لا يصلح عوضاً لجهالة القدر أو لجهالة الجنس فإن العبد لا يعتق بأداء المسمى ولا بأداء القيمة إذ لا ينعقد هذا العقد أصلاً لا على المسمى ولا على القيمة وهذا لأن عتق المكاتب معلق بأداء العوض وليس بمعلق بمطلق الأداء فإذا كان المسمى لا يصلح عوضاً كثوب لا يتعلق به، وإن كان يصلح عوضاً يتعلق به كالقيمة فإنه معلومة من وجه وتصير معلومة من كل وجه عند الأداء حتى تصير معلومة القدر والجنس والصفة ولهذا صير إليها في ضمان/ [١١٠ب/٣] العدوان وضمان العقود إذا فسدت التسمية.

قال رحمه اللّه: (وصح على حيوان غير موصوف) أي صح عقد الكتابة على حيوان إذا بين جنسه **لا نوعه وصفته** كالعبد والوصيف وينصرف إلى الوسط ويجبر المولى على قبول القيمة كما يجبر على قبول العين لأن كل واحد أصل فالعين أصل تسمية والقيمة أيضاً أصل لأن الوسط لا يعلم إلا بها فاستويا، وقال الشافعي رحمه اللّه: لا يجوز هذا العقد لأن المسمى فيه مجهول فصار كما لو [لم](١) يسم جنسه بأن كان كاتبه على دابة أو دار أو ثوب وكالبيع والجامع كونهما معاوضة لا يصحان إلا بتسمية البدل، ولنا ما روي عن ابن عمر رضي اللّه عنهما أنه أجاز الكتابة على الوصيف ولأنها مبنية على المسامحة والمساهلة فلا تفسد التسمية بالجهالة اليسيرة في البدل كالنكاح وصار كالجهالة في الأجل فإنه إذا كاتبه على ألف إلى العطاء

وقيمته تعرف إما بتصادقهما لأن الحق فيما بينهما لا يعدوهما كضمان الغصب والبيع الفاسد وإما بتقويم المقومين لو اختلف المقوّمون فإن اتفق الإثنان منهم على شيء يجعل ذلك قيمة لهم، ولو اختلفا في ذلك لا يعتق ما لم يؤدّ أقصى القيمتين لأن شرط العتق لا يثبت إلا بيقين اهـ دراية. **قوله**: (**بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب**) أي كذا لو كاتبه على دابة اهـ كاكي. **قوله**: (**لا نوعه**) كالتركي والهندي اهـ كاكي. **قوله**: (**وصفته**) جيد أو رديء اهـ كاكي.

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

ونحوه كالحصاد صح لما ذكرنا بخلاف البيع لأنه مبني على المضايقة والمماكسة وهو معاوضة مال بمال من كل وجه، والكتابة معاوضة بغير مال في الابتداء إذْ البدل مقابل بفك الحجر ابتداء وهو ليس بمال وفي الانتهاء وإن كان معاوضة مال بمال لكونه يقابل الرقبة لكن على وجه يسقط الملك عنه لكون العبد لا يملك مالية نفسه فشابه النكاح ،وبخلاف ما إذا كاتبه على دابة أو نحوها لأن الجهالة فاحشة فيه فلا تنعقد أصلاً على ما بينا وبخلاف ما إذا كاتبه على قيمته حيث يفسد وتجب فيه القيمة والفرق أن الجهالة في القيمة جهالة في القدر والجنس والوصف في الحال والجهالة في العبد جهالة في الوصف دون القدر والجنس فخفت الجهالة ولهذا لو كاتبه على قيمة عبد لا يجوز لما ذكرنا وعلى عبد يجوز لما بينا فعلم بما ذكرنا أن جهالة الوصف لا تمنع الصحة في معاوضة مال بغير مال وجهالة جنس منفعته لا تمنع في الكل.

قال رحمه الله: (أو كاتب كافر عبده الكافر على خمر) يعني: صح هذا الآخر لأن الخمر مال متقوّم في حقهم كالعصير في حق المسلم فتصح تسميته إذا كان المسمى معلوماً واحترز بقوله: عبده الكافر عن عبده المسلم فإنه يقع فاسداً وتجب فيه القيمة على ما بينا فيما إذا كان المولى مسلماً.

قال رحمه الله: (وأيّ أسلم فله قيمة الخمر) لأن المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وفي تسليم عين الخمر تمليكها وتملكها إذْ المولى لم يملكها قبل التسليم لكونها موصوفة في الذمة والقبض يرد على معين فيكون غير ما ورد عليه العقد فيكون تمليكاً من العبد وتملكاً من المولى في الحال عوضاً عما في الذمة فلا يجوز في حق المسلم فعجز عن تسليم الخمر فوجب المصير إلى إيجاب قيمة الخمر لقيامها مقام المسمى، وتكون الكتابة باقية على حالها بخلاف ما إذا باع ذمي من ذمي بخمر ثم أسلم أحدهما قبل القبض حيث يفسد البيع عند بعضهم لأن العقد يقع على ما يصلح بدلاً في الجملة ففي الكتابة يصح أن تكون القيمة بدلاً في الجملة، ألا ترى أنه إذا كاتبه على وصيف أو نحوه تجوز الكتابة وتجب القيمة فكأنه كاتبه على القيمة [ولهذا يجبر المولى على قبول القيمة فإذا جاز أن ينعقد على القيمة][1] فأولى أن يبقى بخلاف البيع لأنه لا ينعقد على القيمة صحيحاً أصلاً فكذا لا يبقى عليها أصلاً.

قال رحمه الله: (وعتق بقبضها) أي: بقبض قيمة الخمر لأن الكتابة عقد معاوضة وسلامة أحد العوضين لأحدهما توجب سلامة العوض الآخر للآخر وإذا أدّى

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

الخمر عتق أيضاً لتضمن الكتابة تعليق العتق بأداء الخمر إذ هي المذكورة في العقد فصار كما لو كاتب المسلم عبده على خمر فإنه يعتق بأداء الخمر أو قيمة نفسه على ما مرّ قال في الكافي: / هكذا ذكره بعض المشايخ كالقاضي ظهير الدين الشيرازي [١١١١/أ/٣] ونجم الدين الأفطس والرحبي والنيسابوري في شرح الجامع الصغير وفي شرح الطحاوي والتمرتاشي لو أدّى الخمر لا يعتق ولو أدّى القيمة يعتق لأن الكتابة انتقلت إلى القيمة ولم يبق الخمر بدلاً في هذ العقد لأنه انعقد صحيحاً على الخمر ابتداء وبقي بعد الإسلام على قيمتها صحيحاً على حاله ولا يتصوّر بقاؤه صحيحاً على الخمر بعد الإسلام فخرجت الخمر من أن تكون بدلاً فيه ضرورة وبأداء غير البدل لا يعتق بخلاف ما إذا كاتب المسلم عبده أو كاتب الكافر عبده المسلم على خمر حيث يعتق بأداء الخمر لأن العقد فيه انعقد فاسداً فيعتق بأداء البدل المشروط فيه لما فيه من معنى التعليق فيعتق باعتباره ويضمن لمولاه قيمته لأنها ليست بمال والله أعلم بالصواب.

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله

قال رحمه الله: (للمكاتب البيع والشراء والسفر) لأن مقصود السيد من العقد الوصول إلى بدل الكتابة ومقصود العبد منه الوصول إلى الحرّية وذلك إنما يحصل بالبيع والشراء وقد لا يتفقان في الحضر فيحتاج إلى الخروج إلى السفر **ويملك البيع بالمحاباة لأنه من عادة التجار** يفعلون ذلك إظهاراً للمسامحة واستجلاباً لقلوب الناس كي يكثر معاملوه فتكثر بيوعه وتصرّفاته كلها فيصل إلى مقصوده في أدنى مدّة وقد يحابي في صفقة ليربح في أخرى.

قال رحمه الله: (وإن شرط أن لا يخرج من المصر) هذا متصل بما قبله أي **له**

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله

قوله: (ويملك البيع بالمحاباة لأنه من عادة التجار) قال صاحب الهداية: ويملك البيع بالمحاباة لأنه من صنيع التجار ولم يذكر الخلاف وقال في شرح الطحاوي: ولا يجوز للمكاتب البيع إلا على المعروف في قولهما ويجوز في قول أبي حنيفة كيفما كان وقال القدوري في كتاب التقريب قال أبو حنيفة: يجوز بيع المكاتب بالقليل والكثير وقالا: بما لا يتغابن في مثله لأبي حنيفة أن تصرف المكاتب لنفسه بدلالة أنّ ما يلزمه من الديون لا يرجع بها على مولاه فصار كالحر لأنه يتصرف بأمر مطلق كالوكيل على أصله، ولهما أن

أن يسافر وإن شرط المولى عليه أنْ لا يخرج من البلد **لأن هذا الشرط مخالف لمقتضى عقد الكتابة** لأن مقتضاه مالكية اليد على وجه الاستبداد والاختصاص بنفسه ومنافع نفسه وأكسابه وأن لا يتحكم عليه أحد وتحصيل المال بأي وجه شاء وذلك بأن يتصرف كيفما شاء وينفرد به لأن التحصيل يختلف باختلاف الأوقات والأماكن خصوصاً في السفر فإنه مظنة التحصيل ومظنة الربح قال اللّه تعالى: ﴿وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل اللّه﴾ [المزمل: ٢٠]. فكل شرط يمنعه من ذلك فهو خلاف موجب العقد ومقصوده فيبطل هو دون العقد لأن الكتابة لا تبطل بالشرط الفاسد إلا إذا كان داخلاً في صلب العقد لأن الكتابة تشبه البيع **من حيث إنها تحتمل الفسخ قبل أداء** البدل وتشبه النكاح **من حيث إنها لا تحتمل الفسخ بعد الأداء** ولأنها مبادلة مال بمال في حق المولى ومبادلة مال بغير مال في حق العبد إذ لا يملك نفسه فيوفر عليهما حظهما فلشبهها بالبيع تبطل بالشرط الفاسد إذا تمكن في صلب العقد وهو أن يكون في البدل **مثل أن يشترط خدمته** أو يكاتبه على خمر أو خنزير ولشبهها بالنكاح لا تبطل به إذا لم يتمكن في صلب العقد كاشتراطه أن لا يخرج من البلد أو لا يبيع بالنسيئة ونحو ذلك **ولأن الكتابة في جانب العبد تشبه الإعتاق**، وهذا الشرط يختص بجانب العبد فاعتبر إعتاقاً في هذا الشرط والإعتاق لا يبطل بالشرط كما إذا أعتق عبداً على أنه سائبة يكون الشرط باطلاً والإعتاق صحيح.

النقصان الكثير تبرع بدلالة أنه في حال المرض من الثلث وتبرع المكاتب لا يجوز اهـ غاية. **قوله: (له أن يسافر)** أي استحساناً اهـ هداية. **قوله: (لأن هذا الشرط مخالف لمقتضى عقد الكتابة)** أي وكل شرط يخالف مقتضى العقد باطل إلا أن الكتابة لم تبطل ببطلان الشرط إذا لم يدخل الشرط في صلب العقد لأن مبناها على التوسعة ولهذا تجوز الكتابة على عبد بغير عينه تحقيقه أن الشرط إذا دخل في صلب العقد بأن يقع في البدل أو المبدل كما إذا كاتبه على بدل مجهول أو بدل حرام أو كاتب جاريته على ألف درهم على أن يطأها ما دامت مكاتبة أو تخدمه ولم يبين للخدمة وقتاً أو كاتبها وهي حامل من غيره واستثنى ما في بطنها فسدت الكتابة، ولكنها إذا أدّت الألف عتقت ويجب عليه العقر إذا وطئها في مدّة الكتابة وإذا لم يدخل في صلب العقد لا يفسدها كما إذا كاتب عبده على أن لا يخرج من المصر أو على أن لا يتجزأ أو ما أشبه ذلك من الشروط التي لا تدخل في صلب الكتابة فالكتابة صحيحة والشرط باطل اهـ إتقاني. **قوله: (من حيث إنها تحتمل الفسخ قبل أداء البدل)** أي ومن حيث إنها لا تصح إلا ببدل معلوم كالبيع اهـ إتقاني بالمعنى. **قوله: (من حيث إنها لا تحتمل الفسخ بعد الأداء)** أي ومن حيث إنه يثبت الحيوان ديناً في الذمة ويجوز من غير أن يذكر صفة البدل ويقع على الوسط كالنكاح اهـ غاية. **قوله: (مثل أن يشترط خدمته)** قال في الهداية: كما إذا شرط خدمة مجهولة. **قوله: (ولأن الكتابة في**

قال رحمه اللّه: (وتزويج أمته) لأنه من باب الاكتساب لأنه يملك المهر وتسقط نفقتها عن نفسه وقد أطلق له باب الاكتساب فيملكه ضرورة بخلاف تزويج المكاتبة نفسها **حيث لا يجوز لها** وإن كان فيه اكتساب لأن ملك المولى باق فيها فيمنعها من الاستبداد بنفسها وفيه تعييبها وربما تعجز فيبقى هذا العيب فيكون على المولى ضرر وليس مقصودها أيضاً بتزويج/ نفسها المال، وإنما مقصودها [١١١ب/٣] التحصين والإعفاف بخلاف تزويج أمتها فإنّ المقصود منه كسب المال فيجوز لها كما يجوز للأب والوصي بخلاف العبد المأذون له في التجارة والمضارب والشريك لأنهم لا يملكون إلا ما يكون من باب التجارة والتزويج ليس منه فلا يملكونه.

قال رحمه اللّه: (وكتابة عبده) **وقال زفر والشافعي رحمهما اللّه: ليس له أن يكاتب عبده** لأنه يؤول إلى العتق وهو ليس له أن يعتق على مال وكذا العقد لا يتضمن مثله ولهذا لا يجوز للوكيل أن يوكل ولا للمضارب أن يضارب، ولنا أن الكتابة عقد اكتساب للمال فيملكها كما يملك البيع وربما تكون الكتابة أنفع من البيع إذْ البيع يزيل الملك بنفسه والكتابة لا تزيله إلا بعد وصول البدل إلى يده، ولهذا يملكه الأب ووصيه وهو لم يملكه على أن العقد يقتضي مثله وإنما ملكه على أن الكتابة بيع من نفس العبد وبيع العبد من نفسه قد يكون أنفع من البيع لغيره، فإذا جاز البيع فأولى أن تجوز الكتابة بخلاف ما استشهدا به من المسائل لأنها لوجازت لجازت على أن العقد يتضمن مثله إذْ لا طريق لجوازها إلا هو وبخلاف الإعتاق على مال لأنه يوجب لغيره الحرّية مقصوداً للحال وهو لا يقدر على ذلك، ولأن فيه إزالة الملك عن العبد بدين في ذمّة المفلس فلا يملكه ولأن العقد لا يقتضي ما هو مثله **والإعتاق على مال فوق الكتابة** فأولى أن لا يملكه، **وكذا لا يملك تعليق العتق بأداء المال** لأن فيه إثبات

جانب العبد تشبه الإعتاق) أي لأنه إسقاط الملك اهـ ق. **قوله في المتن: (وتزويج أمته)** هذا إذا زوّج أمته أجنبياً أما إذا زوّج أمته عبده لا يجوز لأنه ليس فيه اكتساب المال كذا ذكره الولوالجي اهـ ق. وكتب ما نصه: فإن قيل: فعلى هذا ينبغي أن يملك المكاتب تزويج ابنته ومع ذلك لا يملك قلنا: نعم لكن ابنته مملوكة لمولاه وأمته لا حتى ينفذ عتق المولى في ابنته دون أمته، ولو عجز وحاضت ابنته حيضة لا يجب على المولى استبراء فيها جديد ويلزمه في أمته ومكاتبته. **قوله: (حيث لا يجوز لها)** وقال زفر: يجوز لأنه من باب الاكتساب وإنّا نقول: المهر وجب في مقابلة الملك في الذات لا في المنافع وهو حق السيد فإن عتقت قبل أن يفسخ النكاح يجوز ذلك النكاح لأن ذلك النكاح إنما كان لا يجوز بحق المولى فإذا عتقت زال حق المولى فيجوز كما قلنا في الأمة والعبد ولا خيار لها لأنها باشرت العتق برضاها ونفذ بعد العتاق اهـ إتقاني. **قوله: (وقال زفر والشافعي ليس له أن**

الحرّية مقصوداً ولأنه فوق الكتابة، ألا ترى أنه لا يقبل النقض والكتابة تقبله فلا يملكه، وليس له أن يكاتب والديه ولا ولده لأنهم دخلوا في كتابته تبعاً والمكاتب لا يكاتب، ولأنهم بمنزلة المملوكين للمولى حتى لا يجوز له بيعهم وينفذ عتق المولى فيهم.

قال رحمه اللّه: (والولاء له إن أدّى بعد عتقه) أي الولاء للمكاتب الأوّل إن أدّى الثاني الكتابة بعد عتق الأوّل لأن الولاء لمن أعتق ومعتقه المكاتب الأوّل وهو أهل للولاء عند عتق الثاني وكان ملكه تامّاً فيه عند ذلك فثبت الولاء له ضرورة.

قال رحمه اللّه: (وإلا لسيده) أي: إن لم يؤدّ المكاتب الثاني المال إلى المكاتب الأول بعد عتق الأول بل أدّاه قبل أن يعتق كان الولاء للمولى لا للمكاتب الأوّل لأنه تعذر جعل المكاتب معتقاً له لعدم أهلية الإعتاق فيخلفه فيه أقرب الناس إليه وهو مولاه كما إذا اشترى العبد المأذون له شيئاً فإنه لا يملكه لعدم الأهلية ويخلفه فيه مولاه لأنه أقرب الناس إليه وهذا لأن له فيه نوع ملك ولعتقه ضرب اتصال إلى تصرفه لاستفادته بسببه منه فجعل المكاتب كالنائب عن مولاه وفعل النائب ينتقل إلى الأصل فيصير كأنه أعتقه لأن فعل نائبه ينتقل إليه فيكون الولاء له، ولو أدّى الأوّل بعد ذلك لا ينتقل الولاء إليه لأن المولى جعل معتقاً **والولاء لا يتحوّل عن المعتق إلى غيره** بخلاف جرّ الولاء في ولد الجارية فإن مولى الجارية هناك ليس بمعتق مباشرة بل تسبيباً باعتبار إعتاق الأصل وهي الأمّ، والأصل أن الحكم لا يضاف إلى السبب إلا عند تعذر الإضافة إلى العلة والتعذر عند عدم عتق الأب فإذا عتق زالت الضرورة فيتحوّل الولاء إلى قوم الأب.

قال رحمه اللّه: (لا التزوّج بلا إذن) أي لا يملك التزوّج بغير إذن مولاه لأن فيه تعييب نفسه لما فيه من شغل ذمّته بالمهر والنفقة ولم يطلق له إلا عقود توصله إلى تحصيل مقصوده وهو كل عقد فيه اكتساب المال وفي حق ما ليس فيه فهو باق / [١١٢/أ/٣] على الحجر وحكمه فيه كحكم العبد المحجور عليه بخلاف تزويج أمته لأن فيه اكتساب مال على مابيناه، ويملك التزوّج بإذن المولى لأنّ الحجر لأجله لما أنّ ملكه

يكاتب عبده) وهو القياس اهـ هداية بالمعنى. **قوله: (والإعتاق على مال فوق الكتابة)** أي لأن الكتابة معاوضة حتى تقال وتفسخ ولا يعتق في الحال أما في الإعتاق على مال يعتق في الحال بنفس قبول المال من غير توقف إلى أداء المال فلا يقبل الإقالة والفسخ وهذا غير ثابت للمكاتب ففي تجويزه إثبات أمر للمكاتب فوق حاله وذلك لا يجوز اهـ كاكي. **قوله: (وكذا لا يملك تعليق العتق بأداء المال)** أي بلا خلاف بأن قال لعبده: إن أديت إليّ ألفاً فأنت حر اهـ كاكي. **قوله: (والولاء لا يتحوّل عن المعتق إلى غيره)** أي لأنه بمنزلة النسب اهـ ق.

باقٍ فيه **فجاز باتفاقهما** لا غير لخروجه عن ملك المولى يداً ولثبوت ملكه في الرقبة.

قال رحمه اللّه: (والهبة والتصدّق إلا بيسير) لأنهما تبرّع وهو ليس من أهله إلا أن اليسير منه من ضرورات التجارة إذ لا يجدُ بُداً من ضيافة وإعارة **ليجتمع عليه المجاهزون** وهي من ضرورات التجارة فيملك، لأن من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يهب بعوض لأنه تبرّع ابتداء فلا يملكه.

قال رحمه اللّه: (**والتكفل** والإقراض) لأنهما تبرع محض **وليسا من ضرورات التجارة** ولا من باب الاكتساب فلا يملكه، ولا فرق في الكفالة بين أن تكون في المال أو في النفس **وبين أن تكون بالأمر أو بغير الأمر** لأن الكل تبرع.

قال رحمه اللّه: (وإعتاق عبده ولو بمال وبيع نفسه منه) لأنه ليس بأهل للإعتاق لأن العتق لا يتصوّر إلا من المالك والمكاتب لا يملك الرقبة فلا ينفذ عتقه ولو على مال لأن فيه إسقاط الملك عن العبد بمقابلة دين في ذمّة المفلس فلا يكون من باب الاكتساب **وقد بيناه** وبيع العبد من نفسه إعتاق على ما بيناه في الوكالة فلا يملكه.

قال رحمه اللّه: (**وتزويج عبده**) أي: لا يملك تزويج عبده وكذا لا يوكل به

قوله: (فجاز باتفاقهما) وإنما شرط اتفاقهما لأن العبد قد خرج عن ملك المولى يداً فلا ينفرد به وملكه في الرقبة باق فلا ينفرد العبد أيضاً اهـ من خط الشارح رحمه اللّه. **قوله: (ليجتمع عليه المجاهزون)** قال في المغرب: في الجيم مع الهاء والزاي والمجاهز عند العامة الغني من التجار. **قوله في المتن: (والتكفل)** وحكم كفالته في الحال ككفالة المحجور عليه تصح في حقه بعد العتق لا في الحال اهـ دراية. **قوله: (وليسا من ضرورات التجارة إلخ)** حتى لو أقرض لا يطيب للمستقرض أكله إلا أن يكون مضموناً عليه حتى لو تصرف فيه يجوز كما نقول في قرض الأعيان: أنه لا يطيب للمستقرض أكله ويكون مضموناً عليه حتى لو كان عبداً فأعتقه يجوز لأنه ملكه بالقرض الفاسد اهـ كاكي. **قوله: (وبين أن تكون بالأمر أو بغير الأمر)** أي وسواء كان بإذن مولاه أو بغير إذنه اهـ كاكي. وكتب ما نصه: قال في شرح الأقطع وقد قالوا: لو أجاز المولى كفالته أو هبته لم يصح أيضاً لأنه لا ملك له في ماله وإنما حقه متعلق به فهو بمنزلة الغريم إذا أجاز عتق الوارث وهبته لمال الميت أنه لا يجوز، قال الحاكم الشهيد رحمه اللّه تعالى في الكافي: ولا يجوز كفالة المكاتب بالمال ولا بالبدل بإذن المولى ولا بغير إذنه وكذلك قبول الحوالة فإن كفل بإذن سيده ثم عجز لم تلزمه تلك الكفالة لأن ضمانه كان باطلاً وإن أدّى فعتق لزمته الكفالة لأنه كفل وهو بمنزلة العبد اهـ إتقاني. **قوله: (وقد بيناه)** أي عند قوله وكتابة عبده اهـ وأفاد هناك أيضاً أنه لا يملك تعليق العتق على مال فارجع إليه اهـ **قوله في المتن: (وتزويج عبده)** ولو عتق عبده

لأنه تعييب له ونقص لماليته لكونه شاغلاً لرقبته بالمهر ولكسبه بالنفقة وليس هو من باب الاكتساب في شيء بخلاف تزويج الأمة على ما بيناه.

قال رحمه اللّه: (والأب والوصي في رقيق الصغير كالمكاتب ولا يملك مضارب وشريك شيئاً منه) لأن الأب والوصي يملكان الاكتساب كالمكاتب فيملكان ما يملكه المكاتب من تزويج الأمة وكتابة مملوك الصغير والمضارب، وشريكي العنان والمفاوضة لا يملكون إلا التجارة والتزويج والكتابة ليسا منها، وهذا لأن التجارة مبادلة المال بالمال والبضع ليس بمال وكذا الكتابة، لأن المال مقابل بفك الحجر في الحال وهو ليس بمال فلا يملكونه بخلاف الإجارة فإنها مبادلة المال بالمال، ولهذا لا يثبت فيها الحيوان ديناً في الذمّة بدلاً عن المنافع ولولا أنها مال لثبت وكذا المنافع تصلح مهراً، ولولا أنها مال لما صلحت، لأن اللّه تعالى شرع ابتغاء النكاح بالمال بقوله تعالى: ﴿أن تبتغوا بأموالكم﴾ [النساء: ٢٤]، ولم يشرعه بغير المال ثم الأصل فيه أن من كان تصرفه عاماً في التجارة وغيرها يملك تزويج الأمة والكتابة كالأب والوصي والجدّ والمكاتب والقاضي وأمينه وكل من كان تصرفه خاصاً في التجارة كالمضارب والشريك والمأذون له لا يملك تزويج الأمة والكتابة عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يملكون تزويج الأمة لأن فيه منفعة على ما بيناه، وجوابه أنه ليس من باب التجارة على ما بيناه فلا يملكونه، وجعل في النهاية شريك المفاوضة كالمكاتب وجعله في الكافي كالمأذون له في التجارة ولكل وجه وجعله كالمأذون أشبه بالفقه.

قال رحمه للّه: (ولو اشترى أباه أو ابنه تكاتب عليه) لأن المكاتب من أهل أن يكاتب وإن لم يكن أهلاً للعتق فيجعل مكاتباً معه تحقيقاً للصلة بقدر الإمكان وهذا لأن المكاتب ليس بمالك رقبته والعتق يختص بمن يملك الرقبة لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا عتق فيما لا يملك ابن آدم»(١) فإذا تعذر الإعتاق صار مكاتباً مثله للتعذر بخلاف الحرّ فإنه يملك الرقبة، ولا تعذر في حقه فيعتق عليه سواء كان أهلاً للإعتاق بأن/ [١١٢ب/٣] كان بالغاً عاقلاً أو كان صغيراً أو مجنوناً لأن هذه الصلة وهي العتق

وأجاز التزويج لا يجوز لأن الإجازة لاقت عقداً باطلاً إذ تزويج المكاتب عبده باطل غير موقوف لأنه لا مجيز له وكذا لو زوّجه الوكيل بعد عتقه يتوقف على إجازته لأن توكيله به وقع باطلاً، ولو قال بعد العتق: أجزت تلك الوكالة يكون هذا توكيلاً ابتداء اهـ دراية. **قوله: (لأنه تعييب له ونقص لماليته)** أي ولهذا لو اشترى عبداً فوجده ذا زوجة يتمكن من الردّ

---

(١) تقدم تخريجه.

تجب حقاً للعبد فلا تختلف بين أن يكون مكلفاً أو لم يكن كنفقات الزوجات والأقارب، ثم ذكر الأب والابن هنا وقع اتفاقاً ولا يختص هذا الحكم بهما بل جميع من له قرابة الولاد يدخلون في كتابته تبعاً له وأقواهم دخولاً الولد المولود في الكتابة ثم الولد المشتري ثم الوالدان. وعنَ هذا يتفاوتون في الأحكام فإنّ الولد المولود في الكتابة يكون حكمه كحكم أبيه حتى إذا مات أبوه ولم يترك وفاء يسعى على نجوم أبيه والولد المشترى يؤدّي بَدَل الكتابة حالاً وإلا ردّ [في الرق والوالدان يردّان في الرق كما مات ولا يؤدّيان حالاً ولا مؤجلاً][(١)] وإنما كان كذلك لأن الولد المولود في الكتابة تبعيته ثابتة بالملك والبعضية الثابتة حقيقة وقت العقد والولد المشترى تبعيته ثابتة بالملك وبالبعضية بينهما حكماً في حق العقد لا حقيقة في حقه، لأنه لا بعضية بينهما حقيقة بعد الانفصال والوالدان تبعيتهما باعتبار الملك لا باعتبار البعضية لأنهما ليسا ببعض له فاختلفت الأحكام لذلك.

قال رحمه اللّه: (ولو أخاه ونحوه لا) أي لو اشترى أخاه أو غيره من محارمه غير الولاد لا يتكاتب عليه وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه، وقالا: يتكاتب عليه لأن وجوب الصلة يشمل القرابة المحرّمة للنكاح، ولهذا يعتق على الحرّ كل ذي رحم محرم منه وتجب نفقتهم عليه ولا يرجع فيما وهبه لهم ولا تقطع يده إذا سرق منهم إلى غيره ذلك من الأحكام المختصة بهم فكذا هذا الحكم، ولأبي حنيفة رحمه اللّه أن للمكاتب كسباً وليس له ملك حقيقة لوجود ما ينافيه وهو الرق، ولهذا لو اشترى امرأته لا يفسد نكاحه ويجوزدفع الزكاة إليه، **ولو وجد كنزاً** غير أن الكسب يكفي للصلة في الولاء، ألا ترى أن القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي في غيرها حتى لا يخاطب الأخ بنفقة أخيه إلا إذا كان موسراً والدخول في الكتابة بطريق الصلة فيختص الوجوب بمحله، ولأن هذه قرابة تشبه بني الأعمام في حق بعض الأحكام كحل الحليلة وجريان القصاص من الجانبين وقبول الشهادة ودفع الزكاة إليه، وتشبه الولاد في حق حرمة المناكحة ووجوب النفقة وحرمة الجمع بين ثنتين منهن في النكاح فألحقناها بالولاد في العتق وببني الأعمام في الكتابة توفيراً على الشبهين حظهما والعمل على هذا الوجه أولى من العمل على عكسه لأن العتق

بالعيب كذا في الأوضح اهـ كاكي. **قوله: (يدخلون في كتابته تبعاً)** أي تبعاً له حتى يردّون إلى الرق بعجزه فلو كانت كتابتهم بطريق الأصالة لبقيت كتابتهم بعد عجزه وليس كذلك اهـ كاكي. **قوله: (ولو وجد كنزاً)** أي ولا يملك الهبة اهـ كاكي. **قوله: (فيتبعه في**

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

أسرع نفوذاً من الكتابة فإنّ أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه ليس للآخر أن يبطله، ولو كاتبه كان له أن يبطله.

قال رحمه اللّه: (ولو اشترى أمّ ولده معه لم يجز بيعها) أي لو اشترى المكاتب أمّ ولده مع ولده منها لم يجز له بيعها لأن الولد لما دخل في كتابته امتنع بيعه لما ذكر فتتبعه أمّه فيه فامتنع بيعها لأنها تبع له قال عليه الصلاة والسلام: «أعتقها ولدها»[1]، ولا تدخل في كتابته حتى لا تعتق بعتقه، ولم ينفسخ النكاح لأنه لم يملكها فجاز له أن يطأها بملك النكاح، وكذا المكاتبة إذا اشترت زوجها غير أنها لها أن تبيعه كيفما كان لأن الجزئية لم تثبت من جهتها على ما بيناه من قبل، ولو ملكها بدون الولد جاز له بيعها عند أبي حنيفة رحمه اللّه، وقالا: ليس له أن يبيعها لأنها أمّ ولد له فصار كالحرّ إذا اشترى أمّ ولده وحدها بدونه له، ولأبي حنيفة رحمه اللّه أن القياس أن يجوز بيعها وإن كان معها ولدها، لأن كسب المكاتب موقوف بين أن يؤدّى فيتقرّر له وبين أن يعجز فيتقرّر للمولى، فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ وهو أمومية/ الولد، إذ لو تعلق به لكان كسب المكاتب غير [١١٢ ب/٣] محتمل للفسخ أو كان الاستيلاد محتملاً للفسخ فينفسخ بانفساخ المكاتبة فحينئذ يلزم أن يجعل الشيء الذي هو غير قابل للفسخ من جملة ما يقبل الفسخ بطريق التبعية، وذلك لا يجوز لأن الذي لا يقبل الفسخ أقوى فلا يكون تبعاً لما هو دونه، ومال المكاتب موقوف فلا يجوز أن يتعلق به ما لا يلحقه الفسخ إلا أنه يمتنع بيعها تبعاً لولدها منه وما يثبت تبعاً يثبت بشرائط المتبوع، ولو ثبت بدون الولد لثبت ابتداء والقياس ينفيه.

قال رحمه اللّه: (وإن ولد له من أمته ولد تكاتب عليه وكسبه له) لأنه بالدعوة يثبت نسبه منه **فيتبعه في التكاتب على ما بيناه** وكان كسب الولد للمكاتب لأنه في حكم مملوكه فكان كسبه له كما كان قبل الدعوة إذْ لا ينقطع بالدعوة اختصاصه، وكذا لو ولدت المكاتبة ولداً دخل الولد في كتابتها لأن الولد المولود تسري إليه

التكاتب على ما بيناه) إشارة إلى قوله: لأنه من أهل أن يكاتب وإن لم يكن أهلاً للعتق، فإن قيل: قد ذكر في الأصول وغيره من فتاوى قاضيخان والمغني: أن المكاتب لا يملك التسري ولا يملك وطء أمته وبه قالت الأئمة الثلاثة، فكيف يتحقق له ولد من أمته؟ قلنا: نعم إلا أن له في ملك مكاتبه يداً بمنزلة الحرّ وذلك يكفي لثبوت النسب منه عند الدعوة وإن لم يحل وطؤه كما في الجارية المشتركة وجارية الابن إذا وطئها الأب وادّعى الولد اهـ دراية.

---

(١) تقدم تخريجه.

الصفات الشرعية الثابتة في الأمّ كالتدبير والاستيلاد والحرّية والملك فإذا سرى إليه صار حكمه كحكم أمّه فكانت هي أحق به وبكسبه لأنه جزؤها وقد انقطع حق المولى عنه.

قال رحمه اللّه: (وإن زوّج أمته من عبده وكاتبهما فولدت دخل في كتابتها وكسبه لها) لأن الولد يتبع الأمّ في الأوصاف الحكمية فكان مكاتباً تبعاً لها فكانت أحق بنسبه من الأب لأنه لا ملك له عليها حتى يسرى إلى الولد، وقد انقطع يد المولى عنها بالعقد فكذا عن ولدها فكانت هي أحق به لأنه جزؤها فصار كنفسها وهي نظير المسألة الأولى، ولو قتل هذا الولد تكون قيمته للأم دون الأب لما ذكرنا أنها أحق به، بخلاف ما إذا قبلا الكتابة عن أنفسهما وعن ولدهما صغير فقتل الولد حيث تكون قيمته بينهما ولا تكون الأمّ أحق بها لأن دخوله في الكتابة هنا بالقبول عنه والقبول وجد منهما فيتبعهما فلا يكون أحدهما أولى به من الآخر وفيما نحن فيه لم يدخل بالقبول، وإنما دخل بمجرّد التبعية وفيها الأمّ أولى على ما بينا.

قال رحمه اللّه: (مكاتب أو مأذون نكح بإذن حرّة بزعمها فولدت **فاستحقت** فولدها عبد) يعني لو تزوّج مكاتب أو عبد مأذون له في التجارة امرأة زعمت أنها حرّة بإذن مولاه فولدت منه ثم استحقت فالولد رقيق فليس له أن يأخذه بالقيمة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما اللّه، وقال محمد رحمه اللّه: ولدها حرّ بالقيمة يعطيها للمستحق في الحال إذا كان التزوّج بإذن المولى، وإن كان بغير إذنه يعطيها بعد العتق ثم يرجع هو بما ضمن من قيمة الولد على الأمّة المستحقة بعد العتق إن كانت هي الغارّة له، وكذا إذا غرّه عبد مأذون أو غير مأذون له في التجارة أو مكاتب رجع عليه بعد العتق لأنه ليس من باب التجارة فلا ينفذ في حق مولى الغارّ، **وإن غرّه** حرّ رجع عليه [في الحال لأن ضمان الغرور كضمان الكفالة فيرجع به على الحر في الحال وعلى غيره بعد الحرّية](١) ولو كان مكاتباً، وكذا حكم المهر فإن المستحق يرجع عليه في الحال إذا كان التزوج بإذن مولاه وإلا فبعد الحرّية وليس له هو أن يرجع على أحد بالمهر على ما عرف في موضعه، وحكم الغرور يثبت بالتزويج دون الإخبار بأنها حرّة، لمحمد رحمه اللّه أنه تزوّجها رغبة في حرّية الأولاد معتمداً على قولها فلم يحصل له فصار مغروراً كالحرّ فتكون أولاده أحراراً بالقيمة دفعاً للضرر عنه

قوله: (وإن غرّه) أي إذا زوّجه على أنها حرّة لا إذا أخبره بأنها حرّة وتزوّجها هو بنفسه اهـ
قوله في المتن: (فاستحقت أو بشراء) هذا ثابت في نسخ المتن وليس في خط الشارح رحمه

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

كالحرّ، ولهما أنه مولود بين رقيقين فيكون رقيقاً إذ الولد يتبع الأمّ في الرق والحرية وتركنا هذا في الحرّ بإجماع الصحابة رضي الله عنهم، والعبد ليس في معنى الحرّ، لأن حق المولى / وهو المستحق في الحرّ مجبور بقيمة واجبة في الحال، وفي العبد [١١٣ب/٣] بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق فتعذر الإلحاق لعدم المساواة هكذا ذكروا هنا، وهذا مشكل جداً فإنّ دين العبد إذا لزمه بسبب أذن فيه المولى يظهر في حق المولى ويطالب به للحال، والموضوع هنا مفروض فيما إذا كان بإذن المولى وإنما يستقيم هذا إذا كان التزوّج بغير إذن المولى لأنه لا يظهر الدين فيه في حق المولى فلا يلزمه المهر ولا قيمة الولد في الحال وتشهد المسألة التي تلي هذه المسألة لهذا المعنى.

قال رحمه الله: (وإن وطئ أمة بشراء فاسد فردّت فالعقر في المكاتبة) أي لو اشترى المكاتب أمة شراء فاسداً فوطئها ثم ردّها بحكم الفساد على البائع وجب عليه العقر في حال الكتابة قبل العتق، وكذلك العبد المأذون له في التجارة لأن هذا من باب التجارة فإن التصرف يقع صحيحاً تارة ويقع فاسداً أخرى والكتابة والإذن ينتظمان **البيع والشراء** بنوعيهما فكانا مأذونين فيهما كالتوكيل بهما فيظهر في حق المولى فيؤاخذان به في الحال.

قال رحمه الله: (ولو بنكاح أخذ به مذ عتق) أي لو تزوّج المكاتب امرأة بغير إذن مولاه فوطئها **يؤخذ بالعقر بعد العتق**، وكذلك المأذون له في التجارة لأن التزوّج ليس من الاكتساب ولا من باب التجارة فلا ينتظمه الإذن بالتجارة، ولأن الكتابة كالكفالة فلا يظهر في حق المولى فلا يؤاخذ به في الحال بخلاف الفصل الأوّل وهو ما إذا وطئها بحكم الشراء الفاسد لأن الإذن بالتجارة أو الكتابة تناول الشراء الفاسد على ما بينا فيكون ظاهراً في حق المولى، وبخلاف ما إذا اشترى أمة فوطئها ثم استحقت حيث يؤاخذ بالعقر في الحال لأنه من توابع التجارة فيتناوله الإذن وهذا لأن المشتري لا يسلم في كل مرة بل يجوز أن يستحق فكان هذا العقر من توابعها لأنه لولا الشراء لما وجب وإنما كان يجب الحدّ، وما يجب بسبب الشراء يكون من ضمان التجارة وما يترتيب عليه حكمه حكم ضمان التجارة وإن كان مقابلاً بما ليس بمال، ألا ترى أن العارية والهدية اليسيرة والضيافة اليسيرة لما كانت من توابع

الله اهـ **قوله: (أي بالبيع والشراء)** هذا حاشية بخط الشارح اهـ **قوله: (يؤخذ بالعقر بعد العتق)** قال الإتقاني رحمه الله: وينبغي لك أن تعلم أن المكاتب إنما يؤاخذ بالعقر في النكاح بعد العتق إذا كانت المرأة ثيباً، أما إذا كانت بكراً فاقتضتها يؤاخذ به في الحال وقد رويناه قبل هذا عن شرح الطحاوي وكذلك العقر يؤخذ في الحال وإن كانت المرأة ثيباً إذا كان

التجارة التحقت بالتجارة حتى صار العبد مأذوناً له فيها وتناولها الإذن بتناوله التجارة، وإن كانت هي في نفسها تبرعاً وفيما نحن فيه وجب العقر باعتبار شبهة النكاح وذلك ليس من التجارة في شيء ولا من الكسب فلا يتناوله الإذن ولا عقد الكتابة فيتأخر ما وجب فيه إلى ما بعد العتق لعدم ولاية التزامه بهذا الطريق بغير إذن المولى والله أعلم.

(فصل) قال رحمه الله: (ولدت مكاتبة من سيدها مضت على كتابتها أو عجزت وهي أمّ ولده) لأنها لما ولدت من مولاها صارت أمّ ولد له فتلقاها جهتا حرية عاجلة ببدل وهي الكتابة وآجلة بغير بدل وهي أمومية الولد فتختار أيتهما شاءت ونسب ولدها ثابت بالدعوة ولا يحتاج إلى تصديقها لأنها مملوكة له رقبة، بخلاف ما إذا ادّعى ولد جاريته المكاتبة حيث لا يثبت النسب من المولى إلا بتصديق المكاتبة، لأنه لا ملك له حقيقة في ملك المكاتبة وإنما له حق الملك فيحتاج فيه إلى تصديقها بخلاف ما إذا ادّعى ولد جارية ابنه حيث يثبت نسبه بمجرد الدعوى، ولا يحتاج / فيه إلى تصديق الابن لأن له أن يتملك مال ولده للحاجة فيتملكها قبيل [١٤٤/أ/٣] الاستيلاد شرطاً له على ما بيناه في النكاح فلا حاجة إلى تصديقه، والولد حرّ لأن المولى يملك إعتاق أولادها لأنهم يتكاتبون عليها ولا يملك بيعهم فصار حكمهم كحكمها، وإذا مضت على الكتابة أخذت عقرها من سيدها لكونها أخص بنفسها وأكسابها، وإذا مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها مال الكتابة لأنها ما التزمت البدل إلا لتسلم لها نفسها بمقابلته بجهة الكتابة فإذا سلمت لها بجهة أخرى لم ترض بتسليمه له أو لورثته مجاناً فلا يجب عليها، وإن ماتت وتركت مالاً تؤدّي كتابتها منه وما بقي ميراث لولدها لثبوت عتقها في آخر جزء من حياتها، وإن لم تترك مالاً فلا سعاية على هذا الولد لأنه حر، وإن ولدت ولداً آخر لم يثبت نسبه منه من غير دعوة لحرمة وطئها عليه، **وولد أمّ الولد إنما يثبت نسبه** من غير دعوة إذا لم يحرم على المولى وطؤها، وإنْ حرم فلا يلزمه حتى إذا عجزت نفسها وولدت بعد ذلك في مدّة يمكن العلوق بعد التعجيز ثبت نسبه من غير دعوة إلا إذا نفاه صريحاً كسائر أولاد أمّهات الأولاد، ولو لم يدع الولد الثاني وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد في بدل

المولى أذن له في النكاح وقد مرّ ذلك قبل هذا أيضاً اهـ (فصل) **قوله: (وولد أم الولد إنما يثبت نسبه إلخ)** قال الحاكم الشهيد في الكافي: وإذا ولدت المكاتبة من المولى ومضت على الكتابة ثم ولدت ولداً آخر لم يلزم المولى إلا أن يدعي وذلك لأن وطأها حرام على المولى بسبب الكتابة لأنه لا يحل له وطء المكاتبة ولكنها مملوكته وولدها ولد المملوكة

الكتابة لأنه مكاتب تبعاً لها، ولو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لأنه بمنزلة أمّ الولد إذ هو ولدها فيتبعها.

قال رحمه الله: (**وإن كاتب أمّ ولده أو مدبرة صح**) لأن ملكه ثابت في كل واحد منهما، وإن كانت أمّ الولد غير متقوّمة عند أبي حنيفة رحمه الله، وعقد الكتابة يرد على المملوك لحاجته إلى التوصل إلى ملك اليد والمكاسب في الحال وإلى الحرية في المآل، وأمّ الولد في هذا كغيرها لأنها مملوكة يداً ورقبة فيتحقق حكم الكتابة فيها فتملك ما يملكه المكاتب في الحال والمآل وكسبها للمولى فيصح منه إثبات هذه المالكية لها بالبدل ولأن ملكه فيها محترم، وإن لم يكن متقوّماً عند أبي حنيفة فجاز أخذ العوض عنه كالقصاص.

قال رحمه الله: (وعتقت مجاناً بموته) أي عتقت بموت المولى بغير شيء يلزمها وسقط عنها بدل الكتابة لأنها عتقت بسبب أمومية الولد لبقاء حكم الاستيلاد بعد الكتابة لعدم التنافي بينهما، ومن حكمه عتقها بعد الموت مجاناً وتسلم لها الأولاد والأكساب لأنها عتقت وهي مكاتبة وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه

فلا يلزمه بدون الدعوة اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (وإن كاتب أم ولده)** اعلم أن كتابة أم الولد جائزة ككتابة الإماء لقوله تعالى: ﴿والذي يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً﴾ [النور:٣٣]، بيانه أن أم الولد مملوكة للمولى والملك فيها باق بعد الاستيلاد ولهذا يجوز للمولى وطؤها وإجارتها واستخدامها إلا أنه لا يجوز إخراجها عن ملكه إلى غيره بوجه من الوجوه لئلا يلزم بطلان استحقاقها الحرية، فلما كان الملك فيها باقياً جاز وكتابتها لأنه لا فصل في الآية بين مملوك ومملوك، فإن قيل: رق أم الولد لا قيمة له عند أبي حنيفة فينبغي أن لا يجوز أخذ العوض عنه بالكتابة، قيل: لرقها قيمة في السعاية وإنما لا قيمة له في العقود والبياعات، ألا ترى أن أم ولد النصراني إذا أسلمت لزمتها السعاية لهذا المعنى كذا في شرح الأقطع، ولأن في كتابة أم الولد إيصال حقها إليها معجلاً فجازت لحاجتها إلى ذلك اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (أو مدبره)** قال الإتقاني: وإنما جاز كتابة المدبر لقيام الرق فيه إلا أنه استحق الحرية من وجه فاستحقاقها من وجه لا ينافي استحقاقها من وجه آخر فجازت وصورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل له مدبر كاتبه في صحته على مائة وقيمته ثلثمائة وليس له مال غيره ثم مات المولى قال: إن شاء العبد سعى في جميع الكتابة وإن شاء سعى في ثلثي قيمته وإن كان التدبير بعد الكتابة فإن شاء سعى في ثلثي الكتابة وإن شاء سعى في ثلثي قيمته، وقال أبو يوسف ومحمد: يسعى في الأقل من ذلك إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير ولم يذكر في الجامع الصغير خلاف أبي يوسف ومحمد في المسألة الأولى كما ترى فلأجل هذا اشتبه

فصار كما إذا أعتقها المولى في حال حياته، ولئن انفسخت الكتابة في حق نفسها بقيت في حق الأولاد والأكساب لأن الفسخ للنظر لها، والنظر لها في بقاء الكتابة ليتبعها أولادها في العتق وتسلم لها أكسابها فيجعل كأنها عتقت بالإيفاء في حق الأولاد والأكساب، ولأن دخول أولادها في الكتابة بطريق التبعية فيعتقون بعتقها تبعاً لها لأن للتبع حكم المتبوع ولا يمكن ذلك إلا بالطريق الذي بينا وهو أن تنفسخ الكتابة في حق سقوط البدل عنها فقط وتبقى في حق غيره من الأحكام نظراً لها، ولو أدّت بدل الكتابة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لبقائها إلى وقت الأداء، وبالأداء تتقرر ولا تبطل.

قال رحمه اللّه: (وسعى المدبر/ في ثلثي قيمته أو كل البدل بموته فقيراً) أي [١٤٤ب/٣] لو مات بعدما كاتبه ولا مال له غيره فهو بالخيار بين أن يسعى في ثلثي قيمته أو جميع بدل الكتابة وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه، وقال أبو يوسف رحمه اللّه: يسعى في الأقل منهما، وقال محمد رحمه اللّه: يسعى في الأقل من ثلثي قيمته وثلثي بدل الكتابة فالخلاف في موضعين الخيار والمقدار وأبو يوسف مع أبي حنيفة رحمهما اللّه في المقدار ومع محمد رحمه اللّه في نفي الخيار، أما الكلام في الخيار فمبني على تجزي الإعتاق وعدم التجزي فعنده لما كان متجزياً بقي ما وراء الثلث عبداً وبقيت الكتابة فيه كما كانت قبل عتق الثلث فتوجه لعتقه جهتان كتابة مؤجلة وسعاية معجلة فيخير للتفاوت بين الأمرين، وفي التخيير فائدة لجواز أن يكون أداء أكثر من المالين أيسر باعتبار الأجل وأقلهما أعسر أداء لكونه حالاً فكان في التخيير فائدة وإن كان جنس المال متحداً، وعندهما لما عتق كله بعتق ثلثه لأن الإعتاق لا يتجزأ عندهما بطلت الكتابة وبطل الأجل لأنه كان لأجل الكتابة وقد بقي عليه أصل الدين غير مؤجل لأن عتق بعضه حصل بطريق الوصية لكون التدبير وصية، وعتق بعضه بطريق الوصية لا يسقط عنه بدل الكتابة كما لو أعتقه المولى في مرض موته

الحال واحتاج إلى التأويل، فقال فخر الإسلام علي البزدوي في شرحه: يريد به في المسألة الثانية، وأما في المسألة الأولى فعند أبي يوسف يسعى في الذي قدّره أبو حنيفة، وقال محمد: يسعى في الأقل من ثلثي قيمته ومن ثلثي كتابته، وقال الحاكم الشهيد في الكافي: وإذا كاتب الرجل مدبره ثم مات وهو يخرج من ثلثه عتق وبطلت عنه السعاية وإن لم يكن له مال غيره فإن شاء سعى في الكتابة وإن شاء سعى في ثلثي القيمة في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: يسعى في الأقل من ذلك ولا يخير، وقال محمد: يسعى في الأقل من ثلثي القيمة وثلثي المكاتبة، قال أبو الفضل: وقول محمد هذا خلاف ما قاله في الجامع الصغير إلى هنا لفظ أبي الفضل الحاكم الشهيد اهـ كلام الإتقاني رحمه اللّه. **قوله:**

ولا مال له سواه فإنه يعتق كله عندهما ويسقط عنه ثلث بدل الكتابة إن لم يكن عليه دين، وإذا بقي عليه بدل الكتابة حالاً أو وجب عليه ثلثا القيمة بالتدبير حالاً فيلزمه أقلهما من غير تخيير إذ لا فائدة في التخيير بين القليل والكثير في جنس واحد فصار نظير ما لو أعتق عبده على ألف وألفين فإنه يلزمه الأقل بلا خيار بالاتفاق فكذا هذا، **والفرق لأبي حنيفة رحمه اللّه أن البدلين حال في مسألة اليمين** وهما من جنس واحد فيجب على الأقل وهو المتيقن إذ لا فائدة في التخيير، وفيما نحن فيه أحدهما مؤجل فيفيد التخيير على ما بينا، وأما الكلام في المقدار فعندهما رحمهما اللّه لا يسقط عنه من بدل الكتابة شيء، وعند محمد رحمه اللّه يسقط عنه ثلثه لأن الكتابة صادفت كله فيكون البدل مقابلاً بالكل وقد عتق ثلثه بالتدبير فيبطل ما بإزائه من البدل، ألا ترى أنه لو عتق كله بالتدبير بأن كان يخرج من الثلث سقط عنه كل البدل فكذا إذا عتق ثلثه به وجب أن يسقط ثلثه اعتباراً للجزء بالكل، ولهذا لو أدّى كل البدل في حياته يعتق كله، ولو كان ثلثه مستحقاً بالتدبير ولم يرد عليه عقد الكتابة لما عتق كله بالأداء وصار كما لو تقدّمت الكتابة وتأخر التدبير، ولهما أن المال قوبل بما يصح مقابلته به وبما لا يصح فانصرف كله إلى ما يصح كرجل طلق امرأته طلقتين، ثم طلقها ثلاثاً بألف لزم الألف كله مقابلاً بما بقي وهي الطلقة، وهذا لأن موجب الكتابة ثبوت ما لم يكن ثابتاً للمكاتب والبدل بمقابلة ذلك لا بمقابلة ما هو ثابت له، والتدبير يوجب استحقاق ثلث رقبته لا محالة فلا يتصوّر استحقاقه بالكتابة ليكون بمقابلته شيء من البدل فكان البدل كله بمقابلة ما وراءه ضرورة، وإذا ثبت أن بدل الكتابة مقابل بما وراء المستحق بالتدبير ولم يسلم شيء منه للعبد بموت المولى فلا يسقط شيء منه من بدل الكتابة، وهذا بخلاف ما لو دبر مكاتبه لأن البدل هناك مقابل بكل الرقبة إذ لم يستحق شيء من رقبته عند الكتابة فإذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك / بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة بقدره، أما هنا فالكتابة وقعت بعد التدبير ومالية الثلث قد سقطت حتى لو أتلفه إنسان لا يضمن إلا قيمة الثلثين فكان البدل بإزاء الثلثين ضرورة، وليس هذا كما إذا أدّى في حياته لأن استحقاق الثلث قد بطل فبطل التقدير الذي قلنا، ألا ترى أن أمّ الولد إذا كاتبها ثم مات سقط عنها بدل الكتابة كله لاستحقاقها الحرّية بجهة أخرى فكأن نفسها كانت سالمة لها بتلك الجهة، ولو أدّت البدل في حال حياته صح الأداء وعتقت به لبطلان استحقاقها بالأداء في حال حياته.

[١١٥/أ ٣]

(والفرق لأبي حنيفة أن البدلين حال في مسألة اليمين) أردا بمسألة اليمين قوله آنفاً لو أعتق عبده على ألف أو ألفين لأنه في قوة قوله: إن أدّيت إليّ ألفاً أو ألفين والشرط يمين عند

قال رحمه اللّه: (وإن دبر مكاتبه صح) لأنه يملك تنجيز العتق فيه فيملك التعليق فيه بشرط الموت وهذا لأنه يملك رقبته وهذا التصرف نا فع له لاحتمال أن يموت المولى قبل أداء بدل الكتابة فيعتق مجاناً أو يعجز عن أداء بدل الكتابة فيبقى له جهة الحرّية متحصلة.

قال رحمه اللّه: (وإن عجز بقي مدبراً) لوجود السبب الموجب له.

قال رحمه اللّه: (وإلا سعى في ثلثي قيمته أو ثلثي البدل بموته معسراً) أي إن لم يعجز ومات المولى معسراً فهو بالخيار بين أن يسعى في ثلثي قيمته وبين أن يسعى في ثلثي بدل الكتابة وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه وقالا: يسعى في الأقل منهما فالخلاف في الخيار مبني على تجزي الإعتاق وعدم تجزيه على ما بيناه، أما المقدار هنا فمتفق عليه لأن بدل الكتابة مقابل بكل الرقبة إذ لم يستحق شيئاً من الحرّية قبل ذلك، **فإذا عتق بعض** الرقبة مجاناً **بعد ذلك** سقط حصته من بدل الكتابة بخلاف ما إذا تقدّم التدبير لأنه سلم له بالتدبير الثلث فيكون بدل الكتابة مقابلاً بما لم يسلم له وهو الثلثان على ما بينا.

قال رحمه اللّه: (وإن أعتق مكاتبه عتق) لأنّ ملكه قائم فيه وهو الشرط لنفوذ العتق.

قال رحمه اللّه: (وسقط بدل الكتابة) لأنه التزمه لتحصيل العتق وقد حصل بدونه وكذا المولى كان يستحقه مقابلاً بالتحرير وقد فات ذلك بالإعتاق مجاناً، والكتابة وإن كانت لازمة من جانب المولى لكنها تفسخ بالتراضي بالإجماع وقد وجد من المولى بالإقدام على الإعتاق، ومن العبد بحصول غرضه بلا عوض وبسلامة أكسابه لأن الكتابة تنفسخ في حق سقوط البدل خاصة وتبقى في حق غيره على ما بيناه نفعاً محضاً.

قال رحمه اللّه: (وإن كاتبه على ألف مؤجل فصالحه على نصف حال صح) **والقياس أن لا يجوز** لأنه **اعتياض عن الأجل** وهو ليس بمال والدين مال **فكان ربا**، **ولهذا لا يجوز مثله** في الحرّ ومكاتب الغير وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال

الفقهاء اهـ **قوله**: **(فإذا عتق بعض)** أي وهو الثلث اهـ **قوله**: **(بعد ذلك)** أي بالتدبير اهـ إتقاني. قوله: (والقياس أن لا يجوز) وبه قال الشافعي ومالك، وفي الحلية وبه قال أبو يوسف وزفر اهـ دراية. **قوله**: **(اعتياض عن الأجل)** كأنه اشترى من المكاتب خمسمائة معجلة بألف مؤجلة اهـ غاية. **قوله**: **(فكان ربا)** أي وهو حرام بين المولى وسيده، ولهذا نص الحاكم في الكافي: أن الرجل إذا اشترى من مكاتبه درهماً بدرهمين لم يجز اهـ إتقاني. **قوله**: **(ولهذا لا يجوز مثله)** أي لو كان له دين على الحرّ أو مكاتب الغير مؤجلاً فصالحه على

من وجه لأنه لا يقدر على الأداء إلا به فأعطى له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا ربا، ولأن عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه لأنه تعليق العتق بشرط الأداء ولأنه شرع مع المنافي، إذ الأصل أن لا يجري هذا العقد بين المولى وعبده إذ العبد وما في يده لمولاه والأجل أيضاً ربا من وجه فيكون شبهة الشبهة فلا يعتبر، بخلاف العقد بين الحرّين لأنه عقد من كل وجه فكان بالأجل فيه شبهة، ولأن الصلح أمكن جعله فسخاً للكتابة السابقة وتجديد العقد على خمسمائة حالة.

قال رحمه اللّه: (مات مريض كاتب عبده على ألفين إلى سنة وقيمته ألف ولم تجز الورثة أدّى ثلثي البدل حالاً والباقي إلى أجله أو ردّ رقيقاً) معناه أن مريضاً كاتب عبده على ألفين إلى سنة وقيمته ألف درهم ثم مات المولى ولا مال له غيره فإنه/ [١١٥ب/٣] يؤدّي ثلثي الألفين حالاً والباقي إلى أجله أو يردّ رقيقاً وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رضي اللّه عنهما، وقال محمد رحمه اللّه: يؤدّي ثلثي الألف حالاً والباقي إلى أجله أو يردّ رقيقاً لأن له أن يترك الزيادة بأن يكاتبه على قيمته فكان له أن يؤخر الزيادة وهي ألف درهم بالطريق الأولى فصار كما إذا خالع المريض امرأته على ألف إلى سنة جاز، وإن لم يكن له مال آخر وصار كله مؤجلاً لأن له أن يطلقها بدون المال، وهذا لأن ما زاد على ثلثي قيمته كان المريض متمكناً من أن لا يتملكه أصلاً فإذا تملكه مؤجلاً لا يثبت للورثة حق الاعتراض ولهما أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجرى عليه أحكام الإبدال من حق الأخذ بالشفعة وجريان بيع المرابحة وحق الحبس بالمسمى كله فيما إذا باع ما يساوي ألفاً بألفين، وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل والتأجيل إسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع، بخلاف الخلع لأنّ البدل فيه لا يقابل المال ولم يتعلق حق الورثة بالمبدل فكذا لا يتعلق بالبدل وأصله المريض إذا باع داراً قيمتها ألف بثلاثة آلاف إلى سنة ثم مات ولا مال له غيرها **ولم تجز الورثة** فعندهما يقال للمشتري: إما أن تعجل ثلثي جميع الثمن والثلث عليك إلى أجله وإلا فانقض البيع، وعنده يقال له: إما أن تعجل ثلثي القيمة والباقي عليك إلى أجله وإلا فانقض البيع، وحاصله أن المحاباة بالأجل تعتبر في جميع الثمن وصية من الثلث عندهما لأن التأجيل تبرع من المريض من حيث إن الوارث يصير ممنوعاً

بعضه معجلاً لا يجوز بالإجماع فكذا هذا اهـ دراية. **قوله**: **(ولم تجز الورثة)** أي التأجيل لأن المريض لم يتصرف في حق الورثة إلا في حق التأجيل فكان لهم أن يردّوه إذ بتأجيل المال أخر حق الورثة وفيه ضرر عليهم فلا يصح بدون إجازتهم كذا في المبسوط اهـ كاكي.

عن المال بسبب التأجيل كما يصير ممنوعاً بنفس التبرع، وتبرع المريض يعتبر من ثلث المال وجميع الثمن هنا بدل الرقبة بدليل أنه يثبت فيه أحكام الإبدال، وعنده الأجل فيما زاد على القيمة يصح من رأس المال ويعتبر في قدر القيمة من الثلث.

قال رحمه اللّه: (وإن كاتبه على ألف إلى سنة وقيمته ألفان ولم يجيزوا أدّى ثلثي القيمة حالاً أو ردّ رقيقاً) وهذا بالإجماع لأن المحاباة هنا حصلت في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما، والفرق لمحمد بين هذه المسألة وبين الأولى أن الزيادة على القيمة كانت حق المريض في الأولى حتى كان يملك إسقاطها بالكلية بأن يبيعه بقيمته فتأخيرها أولى لأنه أهون من الإسقاط وهنا وقعت الكتابة على أقل من قيمته فلا يملك إسقاط ما زاد على ثلث قيمته ولا تأجيله لأن حق الورثة تعلق بجميعه بخلاف الأولى.

قال رحمه اللّه: (حر كاتب عن عبد بألف وأدّى عتق وإن قبل العبد فهو مكاتب) وصورة المسألة أن يقول حر لمولى العبد: كاتب عبدك فلاناً على ألف درهم على أني إن أدّيت إليك ألفاً فهو حر فكاتبه المولى على هذا الشرط وقبل الرجل ثم أدّى ألف فإنه يعتق لأن عتقه تعلق بأدائه فيعتق بوجود الشرط من غير قبول العبد وإجازته كما إذا علقه بغيره من الشروط، وإذا بلغ العبد فقبل صار مكاتباً لأن الكتابة كانت موقوفة على إجازته وقبوله فصار إجازته في الانتهاء كقبوله في الابتداء ولو قبله في الابتداء أو وكله به كأن ينفذ فكذا إذا أجازه، ولو قال العبد: لا أقبله فأدّى عنه الرجل الذي كاتب عنه لا يجوز لأن العقد ارتدّ بردّه، ولو ضمن الرجل لم يلزمه شيء لأن الكفالة ببدل الكتابة لا تجوز، ولو لم يقل: على أني إن أدّيت إليك ألفاً فهو حر فأدّى لا يعتق قياساً لأن العقد موقوف والموقوف لا حكم له ولم يوجد التعليق، وفي الاستحسان / يعتق لأن الكتابة صحيحة نافذة فيما ينفع العبد وهو أن يعتق عند أداء [١١٦ أ/٣] المشروط موقوفة فيما يرجع إلى وجوب البدل عليه نظراً للعبد وتصحيحاً للعقد بقدر الإمكان، وقيل: هذه هي صورة مسألة الكتاب، ولو أدّى الحر البدل عنه لا يرجع على العبد لأنه متبرع فيه وحصل له مقصوده وهو عتق العبد فصار نظير ما لو تبرع بأداء الثمن عن المشتري، وقيل: يرجع على المولى ويستردّ ما أدّاه إن أدّاه بضمان لأن ضمانه كان باطلاً لأنه ضمن غير الواجب، ألا ترى أنه لو ضمن المال في الكتابة الصحيحة فأدّى يرجع بما أدّى فهاهنا أولى، وإن أدّاه بغير ضمان لا يرجع لأنه تبرع به ليحصل العتق له فتم أداؤه، هذا إذا أدّى عنه بدل الكتابة كله، وإن أدّى عنه بعضه فله أن يرجع به سواء أدّى بضمان أو بغير ضمان لأنه لم يحصل غرضه وهو العتق فكان حكم الأداء موقوفاً فيرجع كما إذا تبرع بأداء الثمن في بيع موقوف كان له أن يستردّ

من البائع لهذا المعنى بخلاف ما إذا قبل العبد الكتابة بنفسه ثم تبرع عنه إنسان ببعض بدل الكتابة لا يرجع لأن غرضه بذلك قد حصل وهي براءة ذمة العبد بقدره من البدل وهنا لم يكن في ذمّة العبد شيء حتى يبرأ بأدائه، وكذا لو أدّاه قبل إجازة العبد العقد ثم أجازه ليس له أن يرجع بما أدّى سواء أدّى البعض أو الكل إلا إذا أداه عن ضمان لأن الكتابة بالإجارة نفذت من الابتداء فيكون الأداء مبرئاً للمكاتب عن بدل الكتابة فيحصل مقصوده إلا أن الضمان فاسد فيرجع عليه بحكم فساده.

قال رحمه اللّه: (وإن كاتب الحاضر والغائب وقبل الحاضر صح) أي كاتبهما المولى، ومعنى المسألة أن يقول العبد الحاضر لسيده: كاتبني عن نفسي وعن فلان الغائب فكاتبهما فقبل الحاضر جازت هذه الكتابة استحساناً، والقياس أن لا تجوز إلا عن نفسه لولايته عليه كمن باع ماله ومال غيره أو كاتب عبده وعبد غيره فإنه يجوز في عبده لوجود الولاية عليه دون عبد غيره لعدمها، وجه الاستحسان أن المولى خاطب الحاضر قصداً وجعل الغائب تبعاً له والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالأمة إذا كوتبت دخل في كتابتها ولدها المولود في الكتابة أو المشترى فيها أو المضموم إليها في العقد تبعاً لها حتى يعتقوا بأدائها وليس عليهم شيء من البدل، ولأن هذا تعليق العتق بأداء الحاضر والمولى ينفرد به في حق الغائب فيجوز من غير توقف ولا قبول من الغائب كما لو كاتب الحاضر بألف ثم قال: إن أديته إليّ ففلان حرّ فإنه يصح من غير قبول الغائب فكذا هذا فإذا أمكن جعل الغائب تبعاً استغنى عن شرط رضاه وينفرد به الحاضر ويطالب الحاضر بكل البدل، لأن كله عليه دون الغائب ولا تعتبر إجازة الغائب ولا رده، إذ لا يتوقف في حقه ولا يؤاخذ الغائب بالبدل ولا بشيء منه لأنه ليس عليه دين الكتابة أصلاً، ولو اكتسب شيئاً ليس للمولى أن يأخذه من يده وليس له أن يبيعه من غيره لأنه مكاتب تبعاً، ولو أبرأه المولى أو وهبه مال الكتابة لا يصح لعدم وجوبه عليه، ولو أبرأه الحاضر أو وهبه له عتقا جميعاً ولو أعتق الغائب سقط عن الحاضر حصته من البدل لأن الغائب دخل في العقد مقصوداً فكان البدل منقسماً عليهما، وإن لم يكن مطالباً به بخلاف الولد المولود في الكتابة حيث لا يسقط عن الأم شيء من البدل بعتقه لأنه لم يدخل مقصوداً ولم يكن يوم العقد موجوداً وإنما دخل في الكتابة بعد ذلك/ تبعاً لها وكذا ولدها المشترى، ولو أعتق [١١٦ ب/٣] الحاضر لم يعتق الغائب وسقط حصة الحاضر من الكتابة ويؤدّي الغائب حصته حالاً وإلا ردّ في الرق بخلاف الولد المولود في الكتابة حيث يبقى على نجوم والده إذا مات على ما عرف في موضعه.

قال رحمه اللّه: (وأيّ أدّى عتقا) أي أيهما أدّى بدل الكتابة عتقا لوجود شرط

عتقهما وهو أداء بدل الكتابة ويجبر المولى على القبول أما إذا دفع الحاضر فلأن البدل عليه وهو أصل فيه، وأما إذا دفع الغائب فلأنه ينال به شرف الحرية فيجبر المولى على القبول لكونه مضطراً إليه كما إذا أدّى ولد المكاتب فإنه يجبر على القبول، وإن لم يكن البدل عليه كمعير الرهن إذا دفع الدين إلى المرتهن فإن المرتهن يجبر على القبول لحاجته إلى استخلاص عينه، وإن لم يكن عليه الدين.

قال رحمه الله: (ولا يرجع على صاحبه) أي لا يرجع واحد منهما على الآخر بما أدّى إلى المولى من بدل الكتابة، أما الحاضر فلأنه قضى ديناً عليه فلا يرجع به على غيره، وإن عتق معه لأنه تبع له كما إذا أدّى المكاتب البدل وعنده أولاده وآباؤه فإنه لا يرجع عليهم بشيء وإن عتقوا معه لكونهم أتباعاً، وأما الغائب فلأنه أدّى بغير أمره **وليس بمضطر فيه** من جهته بل يطلب نفعاً مبتدأ بخلاف معير الرهن إذا أدّى الدين لاستخلاص عينه فإنه يرجع على الراهن لأنه مضطر من جهته.

قال رحمه الله: (ولا يؤخذ غائب بشيء) أي لا يطالب المولى الغائب ببدل الكتابة لأنه لا دين عليه إذ لم يلتزم له شيئاً وإنما دخل في الكتابة تبعاً فصار نظير ولد المكاتب فإنه لا يطالب بشيء إذ ليس عليه دين، ومع هذا لو أدّى البدل يجبر المولى على القبول.

قال رحمه الله: (وقبوله لغو) أي قبول الغائب لغو لا يعتبر وكذا ردّه لغو لأن الكتابة قد نفذت وتمت من غير قبوله فلا يعتبر بعد ذلك قبوله ولا يتغير بردّه كمن كفل بدين عن غيره بغير أمره فبلغه فأجاز فإجازته باطلة ولا يعتبر حكمه حتى لو أدّى عنه لا يرجع عليه.

قال رحمه الله: (وإن كاتبت الأمّة عن نفسها وعن ابنين صغيرين لها صح وأيّ أدّى لم يرجع) وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز وقد ذكرنا وجههما في المسألة الأولى لأن هذه مثلها في جميع ما ذكرنا من الأحكام لما أن الأم أو الأب الرقيق لا ولاية له على ولده فيكون دخول الولد في كتابتها بالشرط لا بالولاية كدخول الغائب في كتابة الحاضر وأيهم أدّى يجبر المولى على القبول، وقبول الأولاد الكتابة وردّهم لا يعتبر، ولو أعتق المولى الأم بقي عليهم من بدل الكتابة بحصتهم يؤدّونها في الحال بخلاف الولد المولود في الكتابة أو المشتري حيث يعتق بعتقها ويطالب المولى الأم بالبدل دونهم، ولو أعتقهم سقط عنها حصتهم وعليها الباقي على نجومها، ولو اكتسبوا شيئاً ليس للمولى أن يأخذه ولا له أن يبيعهم ولو أبرأهم عن الدين أو وهبهم

قوله: (وليس بمضطر فيه) يناقض ما تقدّم من قوله لكونه مضطراً اهـ قارئ الهداية من خط الشارح.

لا يصح، ولها يصح فتعتق ويعتقون معها لما ذكرنا في كتابة الحاضر مع الغائب والله سبحانه وتعالى الموفق.

باب كتابة العبد المشترك

قال رحمه الله: (عبد لهما أذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب حظه بألف ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعضه فعجز فالمقبوض للقابض) وهذ عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا: هو مكاتب بينهما وأصله أن الكتابة تتجزأ عنده وعندهما لا تتجزأ وأصل الخلاف في الإعتاق هل يتجزأ أم/ لا لأن الكتابة شعبة من شعبه إذ هي [١١٧/أ ٣] تفيد الحرية في الحال يداً وفي المآل رقبة فيقتصر على نصيبه عنده، وفائدة الإذن بالكتابة أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له إذا لم يأذن، وفائدة إذنه بالقبض أن ينقطع حقه فيما قبض بل يختص به القابض لأن إذنه بالقبض إذن للعبد بالأداء إليه منه فيكون متبرعاً بنصيبه على المكاتب فيصير المكاتب أخص به فإذا قضى به دينه اختص به القابض وسلم له كله كربّ الوديعة إذا أذن للمودع بقضاء دينه من الوديعة فقضى لم يبق لرب الوديعة عليه سبيل كذا هذا إلا إذا نهاه قبل الأداء فيصح نهيه لأنه تبرع لم يتم بعد، وإنما قلنا ذلك لأن المكاتب نصف كسبه له لا يتعرض له فيه أحد لكون نصفه مكاتباً والنصف للشريك الذي لم يكاتب لأن نصيبه قنّ فيكون كسبه له، فإذا أذن للمكاتب أن يصرفه بدينه صح إذنه وتمّ بالقضاء دينه به فلهذا كان المقبوض للقابض، وإن عجز المكاتب ولا يرجع الإذن بذلك، وإن لم يحصل مقصوده وهو الحرية لأن المتبرع عليه هو العبد، ولو رجع لرجع به على العبد والمولى لا يستوجب على عبده ديناً بخلاف ما إذا تبرع شخص بقضاء ثمن المبيع ثم استحق أو هلك قبل القبض وانفسخ البيع أو تبرع بقضاء مهر ثم حصلت الفرقة من جهة المتبرع عنه حيث يرجع بالثمن والمهر، لأن ذمة البائع والمرأة محل صالح لوجوب دين المتبرع عليهما فأمكن الرجوع، ولو كان الشريك الآذن مريضاً وأدّى من كسبه بعد الإذن صح من جميع المال، وإن أدّى من كسبه قبله صح من الثلث لأنه تبرع

باب كتابة العبد المشترك

لما فرغ عن كتابة عبد غير مشترك شرع في كتابة عبد مشترك بين اثنين لأن الأصل عدم الاشتراك أو لأن الإثنين بعد الواحد وأطلق كتابة العبد المشترك ولم يقيد بكتابة أحد الشريكين أو بكتابتهما حتى يشمل الأمرين لأن الباب لبيانهما جميعاً اهـ إتقاني. **قوله:**

بعين مال وفي الأوّل بالمنافع إذ لم يكن المال موجوداً حالة الإذن فالتبرع بالمنافع لا يعتبر من الثلث بل ينفذ من جميع المال بخلاف العين، وعندهما الكتابة لا تتجزأ فيكون الإذن بكتابة نصيبه إذناً بكتابة كله فإذا كاتبه صار كله مكاتباً كاتب نصيبه بالأصالة ونصيب شريكه بالوكالة فيكون مكاتباً لهما ويكون بدل الكتابة بينهما والمقبوض بينهما قبل العجز وبعده، ولو كاتبه بغير إذن شريكه صار نصيبه مكاتباً عنده وعندهما صار كله مكاتباً لما ذكرنا وكان للساكت أن يفسخ بالإجماع قبل أن يؤدّي بدل الكتابة دفعاً للضرر عن نفسه، بخلاف ما إذا باع نصيبه حيث لا يفسخ البيع لأنه لا ضرر فيه إذ لا يخرج نصيبه من يده ولا يؤول إلى ذلك، وبخلاف العتق وتعليق عتقه بالشرط حيث لا يفسخ لأنه لا يقبل الفسخ، ولو أدّى بدل الكتابة عتق نصيبه خاصة عند أبي حنيفة رحمه اللّه لأن العتق يتجزأ عنده، وللساكت أن يأخذ من الذي كاتب نصف ما أخذ من بدل الكتابة لأنه كسب عبد مشترك بينهما ثم ينظر إن كاتب كله بألف لم يرجع على المكاتب بشيء مما أخذه منه شريكه لأنه سلم له بدل نصيبه، وإن كان نصيبه فقط بألف رجع على المكاتب بما أخذ شريكه لأن الكل كان بدل نصيبه فلم يسلم له إلا بعضه فيرجع به عليه، وعندهما بالأداء عتق كله ويرجع الساكت على شريكه إن كان موسراً وإلا فعلى العبد كما لو أعتقه وله أن يأخذ نصف ما بقي من الأكساب لأنه كسب عبد مشترك، ولو كاتبه الساكت بمائة دينار بعد الأول صار مكاتباً لهما أما عنده فظاهر لأن نصيبه لم يتكاتب من قبل فصح كتابته بعد الأوّل لأن الكتابة تتجزأ عنده فنفذ كتابة كل واحد / منهما، وأما [١١٧ب/٣] عندهما فلأن الساكت كان له أن يفسخ فإذا كاتبه كان فسخاً منه في نصيبه وأيهما قبض شيئاً من بدل نصيبه لا يشاركه صاحبه في ذلك وتعلق عتق نصيب كل واحد منهما بجميع بدل الكتابة المسمى في كتابة نصيبه، فإن أدّى إليهما معاً فالولاء لهما عندهم، وإن قدم أحدهم صار كمكاتبهما حرره أحدهما يعتق نصفه عند أبي حنيفة رحمه اللّه ويبقى نصيب صاحبه مكاتباً ولا ضمان ولا سعاية إلا أن يعجز المكاتب فيخير الساكت بين تضمين المعتق والإعتاق واستسعاء العبد إن كان المعتق موسراً وبين الاستسعاء والإعتاق إن كان معسراً، وعند أبي يوسف يضمن المعتق إن كان موسراً ويستسعي العبد في نصف قيمته إن كان معسراً، وعند محمد يضمن الأقل من قيمة نصيبه ومن بدل الكتابة في اليسار وفي الإعسار سعى في ذلك وإن كاتباه كتابة واحدة لا يعتق بأداء نصيب أحدهما إليه ويعتق بعتاقه وإبرائه وهبتّه نصيبه لأنه لم يبق له حق قبله فيكون حكمه كالمسألة الأولى في التضمين والسعاية والعتق والاختلاف فيها وباستيفاء نصيبه لم يبرأ لأن المقبوض حقهما، ولهذا يرجع عليه شريكه به فلا يعتق حتى يؤدّي الكل وحكمه ظاهر.

قال رحمه اللّه: (أمة بينهما كاتباها فوطئها أحدهما فولدت فادّعاه ثم وطئها الآخر فولدت فادّعاه فعجزت فهي أم ولد للأوّل وضمن لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها وضمن شريكه عقرها وقيمة الولد وهو ابنه وأيّ دفع العقر إلى المكاتبة صح) وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه، وعندهما **هي أم ولد للأول** وهي مكاتبة كلها وعليه نصف قيمتها لشريكه عند أبي يوسف رحمه اللّه وعند محمد رحمه اللّه الأقل من نصف القيمة **ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة** ولا يثبت نسب الولد الأخير من الآخر ولا يكون الولد له بالقيمة ويغرم العقر لها وهذا الاختلاف مبني على الاختلاف في تجزي استيلاد المكاتبة فعنده يتجزأ، وعندهما لا يتجزأ **واستيلاد القنة لا يتجزأ** بالإجماع **واستيلاد المدبرة يتجزأ** بالإجماع فإذا عرفنا هذا فنقول: إذا ادعى أحدهما الولد الأوّل صحت دعوته لأنه استولدها وله في نصفها ملك وهو يكفي لصحة الاستيلاد وصار نصيبه أمّ ولد له ولم يتملك نصيب صاحبه وبقي نصيب الآخر مكاتباً على حاله، وقالا: يتملك نصيب صاحبه وصارت كلها أمّ ولد لأن الاستيلاد يجب تكميله ما أمكن، ألا ترى أنه لو استولد أمّة مشتركة تصير كلها أمّ ولد للمستولد لإمكان التكميل بالتمليك لكونها قابلة للنقل، وقد أمكن هنا لأن الكتابة تحتمل الفسخ **والاستيلاد لا يحتمله** فرجحنا الاستيلاد فكملناه وفسخنا الكتابة في

(فهي أم ولد للأول) قال الإتقاني رحمه اللّه: وعلى الأول نصف قيمتها للثاني لأنه تملك نصيبه منه حين عجزت عند أبي حنيفة وعليه نصف العقر لأنه وطئ مكاتبة مشتركة بينه وبين صاحبه فوجب العقر كله عليه فصار ذلك كسباً لها ثم لما عجزت كان ذلك الكسب بينهما فسقط عنه نصيبه وبقي نصيب صاحبه فلذلك وجب نصف العقر فإن كان أدّى العقر إليها قبل العجز صح لأنه كسبها، وأما الشريك الساكت فقد أقر بوطء أمة كلها ملك الأول على اعتبار العجز فيغرم عقراً كاملاً، وعلى اعتبار الكتابة يغرم عقراً كاملاً أيضاً لأنها مكاتبة بينهما ووطء الرجل مكاتبته يوجب العقر كوطء مكاتبة الغير وإن أدّى العقر إليها صح لأنه كسبها وإن لم يؤدّ إليها أدّى إلى شريكه لأن العقر صار كله حقاً له بالعجز، وعندهما لما تكامل الاستيلاد للأوّل لم تصح دعوة الثاني ولم يغرم قيمة الولد وضمن عقراً كاملاً للأول لأنه أقر بوطء أم ولد الغير ولكن سقط الحدّ لمكان الشبهة ويضمن الأول نصف قيمتها ونصف عقرها لأنه استولد جارية مشتركة بينه وبين غيره اهـ **قوله: (ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة)** أي ولا يجوز وطء الآخر لها اهـ غاية. **قوله: (واستيلاد القنة لا يتجزأ)** يأتي تعليله بعد أربعة أسطر في الشرح اهـ **قوله: (واستيلاد المدبرة يتجزأ)** يأتي تعليله في هذه الصفحة من الشرح اهـ **قوله: (والاستيلاد لا يحتمله)** ألا ترى أن من كاتب أم ولده ثم مات تنفسخ الكتابة وكذا إذا أعتق المكاتب من غير جهة الكتابة تنتقض الكتابة

حق التملك وهي لا تتضرر به **والكتابة تنفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب وتبقى فيما وراءه**، ولهذا يجوز عتقه عن الكفارة، بخلاف ما لو استولد مدبرة مشتركة فإنه لا يكمل ويقتصر على نصيبه لأنه لايمكن تكميلها إذ التدبير يمنع النقل من ملك إلى ملك، ولا يقال: لم لا تنفسخ الكتابة ضمناً لصحة الاستيلاد؟ لأنا نقول في انفساخها ضرر ببطلان حقها في الكتابة والكتابة لا تنفسخ فيما يتضرر به المكاتب، ولأبي حنيفة رحمه الله أن الاستيلاد يقبل التجزي إذا وقع في محل لا يقبل النقل كالمدبرة/ بين اثنين إذا استولدها أحدهما فإنه يتجزأ أو يقتصر الاستيلاد على [١١٨/أ/٣] نصيبه، والكتابة لازمة كالتدبير **فلا تقبل النقل من ملك إلى ملك** فيقتصر الاستيلاد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة، فإذا جاءت بولد آخر وادعاه الآخر فقد ادعى نسب ولد أمة نصفها ملك له فتصح دعوته ويثبت نسبه منه فإذا عجزت بعد ذلك جعل كأن الكتابة لم تكن وتبين أن الأمّة كلها أمّ ولد للأوّل لأن المقتضى للتكميل قائم والمانع من التكميل الكتابة، وقد زالت فيعمل المقتضى عمله من وقت وجوده كالبيع بشرط الخيار للبائع إذا أسقط الخيار يثبت الملك به من وقت وجوده فيضمن للآخر نصف قيمتها لأنه يملك نصيبه لتكامل الاستيلاد **ونصف عقرها** وضمن الآخر عقرها وقيمة الولد، والولد حرّ بالقيمة لأن الآخر بمنزلة المغرور لأنه وطئها على ظن أنها على حكم ملكه وظهر بالعجز وبطلان الكتابة أنه لا ملك له فيها، وولد المغرور ثابت النسب منه حرّ بالقيمة لكنه وطئ أمّ ولد الغير فلزمه كمال العقر وأيهما دفع

وإذا انفسخت الكتابة صارت قنة والاستيلاد في القنة لا يتجزأ وليس كذلك إذا استولد رجل مكاتبة نفسه حيث لا تنتقض الكتابة لأن نقض الكتابة في المكاتبة المشتركة للحاجة إلى تكميل الاستيلاد ولا حاجة إلى التكميل في مكاتبة نفسه لأن الاستيلاد كامل اهـ إتقاني. **قوله**: **(والكتابة تنفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب)** أي في أمومية الولد لأن لها فيها نفعاً حيث لا تبقى محلاً للابتذال كالبيع والهبة اهـ إتقاني. **قوله**: **(وتبقى)** أي الكتابة **(فيما وراءه)** أي في غير ما لا يتضرر به المكاتب يعني أن الكتابة تنفسخ ضرورة تكامل الاستيلاد لأن لها فيه نفعاً والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة ولا يظهر أثر الانفساخ في غير موضع الضرورة حتى تبقى مكاتبة في غيره كما كانت حتى لا يسقط نصف بدل الكتابة بل تبقى مكاتبة بجميع بدل الكتابة وحتى لا يجب على المستولد الأوّل قيمة النصف قناً بل يجب قيمة النصف مكاتباً وحتى لا يتعدّى انفساخ الكتابة إلى نصيب المستولد وحتى لا يجب الحدّ على الثاني لأنه جعل واطئاً مكاتبته فافهم اهـ إتقاني. **قوله**: **(فلا تقبل النقل من ملك إلى ملك)** أي بسائر الأسباب فكذا لا تقبله بالاستيلاد وتحقيقه أن الاستيلاد يجب القول بتجزيه إذا عارضه حق لازم اهـ إتقاني. **قوله**: **(نصف عقرها)** أي

العقر إلى المكاتبة جاز لأنه حقها حال قيام الكتابة لاختصاصها بنفسها، فإذا عجزت تردّه إلى المولى لأنه ظهر اختصاصه بها وهذا كله عند أبي حنيفة رضي اللّه عنه، وعندهما هي أمّ ولد الأوّل تكميلاً للاستيلاد لأن الكتابة تفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب على ما مرّ، وإذا صارت كلها أمّ ولد له فوطئ الثاني صادف أم ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حراً بالقيمة ولزمه كل المهر لأن الوطء في دار الإسلام ولا يخلو عن الضمان الجابر أو الحدّ الزاجر فتعذر إيجاب الحدّ للشبهة فيجب العقر، **ثم قال أبو منصور الماتريدي رحمه اللّه: إذا بقيت** الكتابة عندهما صارت كلها مكاتبة للمستولد بنصف بدل الكتابة لأن الكتابة انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبة لا تتضرر بسقوط نصف بدل الكتابة، والجمهور على أنها مكاتبة له بكل بدل الكتابة لأن الانفساخ ضروري فلم يظهر فيما وراء الضرورة وهو حكم التملك فبقي الكل للأوّل كما كان، والمكاتبة هي التي تعطي العقر لاختصاصها بنفسها وبأبدال منافعها، ولو عجزت وردت في الرق ترد إلى الأوّل لظهور اختصاصه بها، **ثم قال أبو يوسف** رحمه اللّه: يضمن الأوّل لشريكه **نصف قيمتها مكاتبة** لأنه يملك نصيب شريكه مكاتبة موسراً كان أو معسراً لأنه ضمان التملك وهو لا يختلف بهما،

لوطئه جارية مشتركة اهـ هداية. **قوله: (ثم قال أبو منصور الماتريدي إذا بقيت إلخ)** قال الإتقاني: ثم عندهما لما صار كلها أم ولد للأول قبل العجز تبقى مكاتبة ولكن اختلف المشايخ، قال بعضهم: بنصف بدل الكتابة، وقال بعضهم: بجميع بدل الكتابة، والأول قول الشيخ الإمام أبي منصور الماتريدي، لأن الكتابة لما انفسخت في نصيب الثاني سقط نصف بدل الكتابة وحصلت البراءة عن نصف البدل فصارت مكاتبة بالنصف فصار عتقها معلقاً بأداء النصف، والثاني قول عامة المشايخ لأن انفساخ الكتابة أمر ضروري ثبت في حق التمليك ضرورة تكامل الاستيلاد فلا يظهر فيما عدا ذلك أعني في حق سقوط نصف بدل الكتابة فيبقى العقد الأول كما كان، ولهذا جعل أبو يوسف ومحمد ذلك بمنزلة تملك المكاتبة، ألا ترى أن أبا يوسف قال: يضمن نصف قيمتها مكاتبة، وقال محمد يضمن الأقل من نصف القيمة ومن نصف بدل الكتابة فاتفقا على قيام الكتابة في ذلك النصف. **قوله: (ثم قال أبو يوسف إلخ)** قال الاتقاني: ثم اختلف أبو يوسف ومحمد، فقال أبو يوسف: يضمن قيمة نصيب شريكه بالغة ما بلغت يعني نصف قيمته مكاتباً، وقال محمد: يضمن الأقل من نصف القيمة ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة، وكذلك هذا الاختلاف في مكاتب بين اثنين أعتقه أحدهما ووجه قول أبي يوسف أن المدّعي تملك نصيب صاحبه حتى صار كله مكاتباً له فيضمن قيمة ما ملكه موسراً كان أو معسراً، وفي مسألة العتاق أتلفه فيضمن ما أتلفه إن كان موسراً اهـ **قوله: (نصف قيمتها مكاتبة)** لم يتحرر

وقال محمد رحمه اللّه: يضمن الأقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لأن حق الشريك في نصف القيمة على اعتبار العجز عن الأداء وفي نصف بدل الكتابة على اعتبار الأداء والأقل متيقن فيجب الأقل.

قال رحمه اللّه: (وإن دبر الثاني ولم يطأها فعجزت **بطل التدبير**) وهذا بالإجماع أما عندهما فلأن المستولد يملكها قبل العجز، وأما عنده فلأنه بالعجز ظهر أن كلها أمّ ولد للأوّل وأنّ الثاني لم يكن له فيها ملك لما مرّ، والملك شرط لصحة التدبير بخلاف ثبوت النسب لأن الملك من حيث الظاهر كاف لثبوت النسب واستحقاق الولد بالغرور ولا كذلك التدبير فإنه لا يثبت بالشبهات، ولهذا لو اشترى أمة فدبرها ثم استحقت بطل التدبير ولو استولدها هو فاستحقت لم يبطل النسب وكان الولد حراً بقيمته فكذا هنا. (وهي أمّ ولد للأوّل) لأنه يملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد للإمكان.

قال رحمه اللّه: (وضمن لشريكه نصف قيمتها) **لأنه يملك / نصفها بالاستيلاد على ما بينا.** [١١٨ب/٣]

قال رحمه اللّه: (ونصف عقرها) لأنه وطئ جارية مشتركة بينهما فيجب عليه العقر بحسابه وقد بيناه من قبل.

قال رحمه اللّه: (والولد للأوّل) لأن دعواه قد صحت على ما مرّ وهذا كله بالإجماع.

قال رحمه اللّه: (وإن كاتباها فحرّرها أحدهما موسراً فعجزت ضمن لشريكه نصف قيمتها ورجع به عليها) وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه، وقالا: لا يرجع المعتق عليها ويستسعيها الساكت، إن كان المعتق معسراً وأصله أن الإعتاق لا يتجزأ عندهما والكتابة لا تمنع العتق فعتقت كلها للحال عندهما وانفسخت الكتابة ثم الساكت يضمن المعتق إن كان موسراً ولا يرجع المعتق عليها لأنه ضمن بإعتاقه وهو فعله فلا يلزمها ضمان ما لزمه بفعله ومن أصل أبي حنيفة رحمه اللّه أن العتق يتجزأ فجاز إعتاق نصف المكاتبة ولا يؤثر الفساد في نصيب الساكت زيادة على ما أوجبته الكتابة فلا يظهر ما دامت مكاتبة، لأن إعتاق النصف عنده يؤثر في جعل الباقي

لنا مقدار قيمة المكاتبة اهـ ق. **قوله في المتن: (بطل التدبير)** بالاتفاق وهذا ظاهر لا يشكل على قولهما، لأن تدبير الثاني لم يصادف ملكه لأن الأول لما استولدها صار كلها أم ولد له ومكاتبة له، وأما عند أبي حنيفة فلأن الجارية لما عجزت ظهر أن كلها أم ولد للأوّل وللثاني قبل عجزها فيها ظاهر الملك لا حقيقته وظاهر الملك كاف لثبوت النسب اهـ إتقاني. **قوله: (لأنه يملك نصفها بالاستيلاد على ما بينا)** أي في تعليل قول أبي حنيفة اهـ

كالمكاتب وهي كانت مكاتبة قبل الإعتاق فكان الإعتاق محققاً لكتابتها فلا يضمن المعتق قبل العجز لعدم ظهور أثر الإعتاق فيها فإذا عجزت ظهر أثر العتق فيها فكان للساكت الخيارات المذكورة في العتاق وهي إن كان المعتق موسراً فله أن يعتق، وإن شاء استسعى العبد وإن شاء ضمن المعتق، فإذا ضمن المعتق كان للمعتق أن يرجع على العبد المعتق لأنه قام مقام الساكت، وإن كان المعتق معسراً كان له خيار العتق أو الاستسعاء على ما بينا في العتاق، وعلى هذا الخلاف لو دبر المكاتبة أو استولدها فعنده لا يظهر حكم الاستيلاد ولا التدبير إلا بعد عجزها لأنهما يتجزآن عنده فيقتصران على نصيبه ونصيب شريكه مكاتب على حاله، وكذا نصيبه لأن التدبير والاستيلاد لا ينافيان الكتابة ابتداء ولا بقاء فبقيا على ما كانا عليه، بخلاف الإعتاق لأن نصيبه بعد الإعتاق لا يقبل الكتابة ابتداء ولا بقاء فينفسخ في نصيبه دون نصيب شريكه، فإذا عجزت ظهر أثرهما فيضمن قيمتها موسراً كان أو معسراً لأنه ضمان تملك وعندهما لا يتجزآن فصارت كلها أمّ ولد له أو مدبرة لأن الكتابة لا تمنع النقل لأنها تفسخ في حق ما ينفعها ثم تبقى مكاتبة على حالها، إذ لا تنافي بينهما ويضمن لشريكه نصف قيمتها في الحال موسراً كان أو معسراً لأنه ضمان تملك فلا يختلف بين اليسار والإعسار ويضمن العقر في الاستيلاد.

قال رحمه الله: (عبد لهما دبره أحدهما ثم حرره الآخر للمدبر أن يضمن المعتق نصف قيمته، وإن حرره أحدهما ثم دبره الآخر لا يضمن المعتق) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ووجهه أن التدبير يتجزأ عنده **فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه** لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الإعتاق والتضمين والاستسعاء لما عرف من مذهبه، فإذا أعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء وإعتاقه يقتصر على نصيبه لأنه يتجزأ عنده **ولكن يفسد به نصيب شريكه** فله أن يضمنه قيمة نصيبه وله خيار الإعتاق والاستسعاء أيضاً كما هو مذهبه، فإذا ضمنه يضمنه قيمة نصيبه مدبراً لأن الإعتاق صادفه وهو مدبر، ثم قيل: قيمة المدبر تعرف بالتقويم، وقيل: يجب ثلثا قيمته وهو قنّ لأن المنافع أنواع ثلاثة البيع **وأشباهه** والاستخدام **وأمثاله**/ [١١٩/٢ /٣] **والإعتاق وتوابعه**، وللفائت البيع فيسقط الثلث وإذا ضمنه لا يتملك بالضمان لأنه لا يقبل النقل من ملك إلى ملك كما إذا غصب مدبراً وأبق وضمن الغاصب قيمته فإنه لا

قوله: (وقد بيناه من قبل) أي في تعليل القولين اهـ **قوله: (فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه)** أي خلافاً لهما اهـ **قوله: (ولكن يفسد به نصيب شريكه)** أي لأن المدبر كان يستخدمه فبعد إعتاق الثاني له الاستخدام اهـ إتقاني. **قوله: (وأشباهه)** كالهبة والصدقة والإرث والوصية اهـ **قوله: (وأمثاله)** كالإجارة والإعارة والوطء اهـ **قوله: (والإعتاق وتوابعه)** وهي الكتابة والاستيلاد

يتملك فكذا هذا، وإن أعتقه أحدهما أوّلاً كان للآخر الخيارات الثلاث عنده، فإذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار الإعتاق والاستسعاء لأن المدبر يعتق ويستسعى، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما اللّه: إذا دبره أحدهما فإعتاق الآخر باطل لأنه لا يتجزأ عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسراً كان أو معسراً لأنه ضمان تملك فلا يختلف بهما ويضمن نصف قيمته قناً لأنه صادفه التدبير وهو قن، وإن أعتقه أحدهما أولاً فتدبير الآخر باطل لأن الإعتاق لا يتجزأ عندهما فيعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده ويضمن نصف قيمته إن كان موسراً لأن هذا ضمان الإعتاق فيختلف باليسار والإعسار عندهما، واللّه أعلم بالصواب.

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

قال رحمه اللّه: (**مكاتب عجز عن نجم** وله مال سيصل لم يعجزه الحاكم إلى ثلاثة أيام) نظراً إلى الجانبين والثلاثة هي المدّة التي ضربت لإبلاء الأعذار كإمهال الخصم للدفع والمدين للقضاء فلا يزاد عليه.

قال رحمه اللّه: (وإلا عجزه وفسخها أو سيده برضاه) يعني إن لم يكن له مال سيصل في ثلاثة أيام فسخ القاضي الكتابة أو فسخ المولى برضا المكاتب، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما اللّه، **وقال أبو يوسف: لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان**

والتدبير والإعتاق على مال اهـ (فرع) قال قاضيخان في شرح الجامع الصغير: منافع المملوك ثلاثة: الاسترباح بالبيع، والاستخدام، وقضاء الدين من ماليته بعد الموت، وبالتدبير تفوت منفعة واحدة وهي الاسترباح وبالاستيلاد تفوت منفعتان قضاء الدين بعد الموت والاسترباح فتوزع القيمة على ذلك فتكون قيمة المدبر ثلثي قيمته قناً وقيمة أم الولد ثلث قيمتها قنة اهـ

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

وإنما ذكر هذا الباب آخراً لأن الموت والعجز عارضان بعد الكتابة فكان التأخير هو المناسب لأن العارض بعد الأصل اهـ غاية. **قوله في المتن: (مكاتب عجز عن نجم إلخ)** قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في المكاتب يعجز فيقول: أخروني، قال: إن كان له مال حاضر أو مال غائب يرجى قدومه أخرته يومين أو ثلاثة لا أزيده على ذلك شيئاً، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا أردّه في الرق حتى يتوالى عليه نجمان إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير، وقول ابن أبي ليلى كقول أبي يوسف كذا

لقول علي رضي اللّه عنه إذا توالى على المكاتب نجمان ردّ في الرق **والأثر فيما لا يدرك بالقياس كالخبر ولأنه عقد إرفاق** حتى كان التأجيل فيها سنة **وحالة الوجوب** بعد حلول نجم فلا بدّ من إمهال مدّة **وأولى المدد ما توافق عليه العاقدان**، ولإن الفسخ للعجز والعجز لا يثبت ولا يتحقق بمجرّد الحلول فلا بدّ من إمهال مدّة فكان ما اتفقا عليه أولى، ولهما ما روي عن ابن عمر رضي اللّه عنهما: «أن مكاتباً له عجز عن نجم فردّه في الرق»[١]، ولأن المقصود بالعقد من جانب المولى تعيين المسمى عند انقضاء النجم الأوّل، وأنه قد فات فوجب تخييره كما لو توالى عليه نجمان، وهذا لأن الكتابة قابلة للفسخ والإخلال بالنجم الواحد إخلال بما هو غرض المولى من الكتابة فوجب له حق الفسخ دفعاً للضرر عنه كفوات وصف السلامة في المبيع، ولأنه لما مضى نجم ووجب عليه حصته صار كأنه كوتب على ذلك القدر حالاً وفيه يقال له: إما أن تؤدّي المال حالاً وإلا رددت في الرق فكذا هذا، والمروي عن عليّ رضي اللّه عنه يفيد إثبات الفسخ إذ توالى عليه نجمان فلا ينفي ثبوت الفسخ قبله لأن تخصيص الشيء يالذكر لا ينفي الحكم عما عداه على ما عرف من القاعدة والتأخير إلى ثلاثة أيام إنما كان لأجل إمضاء موجب العقد لأن الأداء لا يتوجه إلا بعد انقضاء مدّة النجم ولا بدّ للأداء من زمان فاستحسنا هذا القدر المذكور على أن يكون من باب التعجيل دون التأخير نظراً لهما وإظهاراً للعذر إذ هي مدّة ضربت لإظهار الأعذار

في المختلف اهـ إتقاني. **قوله: (لابلاء)** أي إظهار اهـ **قوله: (وقال أبو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان)** ومعنى النجم هو الطالع ثم سمي به الوقت المضروب ومنه قول الشافعي أقل التأجيل نجمان أي شهران ثم سمي به ما يؤدّي فيه من الوظيفة اهـ إتقاني. **قوله: (والأثر فيما لا يدرك بالقياس كالخبر)** وبقول أبي يوسف قال أحمد وابن أبي ليلى وابن عيينة والحسن بن حي[١] اهـ كاكي. **قوله: (ولأنه عقد إرفاق)** أي رفق يقال: رفقت به وأرفقت بمعنى كذا في الصحاح اهـ إتقاني. **قوله: (وحالة الوجوب إلخ)** يعني الفسخ للعجز ولا يتحقق العجز إلا بتوالي نجمين فلا يثبت حق الفسخ قبل دليله وهذا لأنه لما مضى نجم صار حالاً والعجز عن البدل الحال لا يوجب الفسخ ولا يتحقق إلا بعد الإمهال وإبلاء العذر اهـ كاكي. **قوله: (وأولى المدد)** أي أحق الآجال ما أجمع عليه العاقدان اهـ كاكي. **قوله: (ما توافق عليه العاقدان)** أي وهو النجم الثاني فإذا مضى الثاني تحقق العجز فوجب الفسخ اهـ كاكي. وكتب ما نصه: قال فخر الإسلام علي البزدوي: وقول أبي يوسف

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه (١٠ / ٣٤١).

(٢) هو الحسن بن صالح بن حي بن سلم بن رحان الهمذاني الكوفي يكنى أبا عبد اللّه. انظر الكامل في الضعفاء (٢ / ٣٠٩).

كما في شرط الخيار وفي قصص الأخيار وإمهال المرتد وإمهال المدّعى عليه للدفع بعد الحكم عليه وإمهال المدين للقضاء فإنه إذا استمهل ثلاثاً يمهل، وقوله: عجزه وفسخها يعني الحاكم يحكم بعجزه/ لأنه واجب عليه عند طلب المولى ذلك وله [١١٩ ب/٣] ولاية عامة فيفسخ، وقوله: أو سيده برضاه يعني أو يفسخه المولى برضا المكاتب لأن الكتابة تقبل الفسخ بالتراضي بلا عذر فمع العذر أولى وإن لم يرض العبد **فلا بدّ من القضاء** بالفسخ لأنه عقد لازم تامّ فلا بدّ من القضاء أو الرضا كالردّ بالعيب بعد القبض. وقيل: ينفرد المولى بالفسخ **ولا يشترط رضا المكاتب**، كما إذا وجد المشتري في المبيع عيباً قبل القبض فإنه ينفرد بالفسخ، وحديث ابن عمر يدل على ذلك، وهذا لأن الكتابة تتم بقبض المولى البدل فما لم يقبض لا تتم فيفسخه مستبدّاً به إذا فات غرضه كما يستبد المشتري بالفسخ بالعيب قبل القبض، قلنا: العبد بعد العقد صار في يده فصار هذا فسخاً بعد القبض فلا بدّ من القضاء أو الرضا.

قال رحمه اللّه: (وعاد أحكام الرق) أي إذا عجز عاد إلى أحكام الرق لأن الكتابة قد انفسخت وفك الحجر كان لأجل عقد الكتابة فلا يبقى بدون العقد.

قال رحمه اللّه: (وما في يده لسيده) لأنه ظهر أنه كسب عبده إذ هو كان موقوفاً عليه أو على المولى على تقدير الأداء كان له وعلى تقدير العجز كان للمولى وقد تحقق العجز فكان لمولاه.

قال رحمه اللّه: (وإن مات وله مال لم يفسخ وتؤدّي كتابته من ماله **وحكم بعتقه في آخر حياته**) **وكذا يحكم بعتق أولاده** وما بقي من ماله فهو ميراث لورثته، وهو

استحسان صار إليه تيسيراً على العبد اهـ إتقاني. **قوله: (كما في شرط الخيار وفي قصص الأخيار)** فإن الخضر قال لموسى بعد الثلاثة: هذا فراق بيني وبينك اهـ **قوله: (إذا استمهل ثلاثاً يمهل)** أي ولم يكن بهذا القدر ممتنعاً من الأداء فكذلك هاهنا بخلاف ما إذا لم يكن له وجه أصلاً حيث لا ينتظر عليه أصلاً لأنه تبين عجزه والمولى لم يرض بحليته إلا بأداء المال فلا يلزمه ما لم يرض به من المدّة اهـ إتقاني. **قوله: (فلا بد من القضاء بالفسخ)** أي لأن هذا عيب تمكن في أحد العوضين بعد القبض لأن المكاتب بالعقد صار في يده اهـ كاكي. **قوله: (ولا يشترط رضا المكاتب)** أي لأن هذا عيب تمكن في أحد العوضين قبل تمام العقد لأن تمام العقد بالأداء فصار اهـ كاكي. **قوله: (وحكم بعتقه في آخر حياته)** وأجمعوا أنه إذا مات عاجزاً مات عبداً وتفسخ الكتابة وتفسير الوفاء أنه إذا مات وترك ولداً فإنه يؤمر بأن يسعى ويؤدّي بدل الكتابة ويجعل أداؤه كأدائه ويحكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته وإن لم يكن له ولد وترك مالاً به وفاء ببدل الكتابة فإنه يؤدّي بدل الكتابة منه ويحكم بحريته كذا في الطريقة البرهانية اهـ إتقاني. **قوله: (وكذا يحكم بعتق أولاده)** أي

قول ابن مسعود رضي اللّه عنه وبه أخذ علماؤنا، وقال زيد بن ثابت رضي اللّه عنه: تنفسخ الكتابة بموته ويموت عبداً **وما ترك فهو لمولاه**، وبه أخذ الشافعي رحمه اللّه له أن العقد لو بقي لبقي لتحصيل العتق بالأداء وقد تعذر إثباته فبطل، وهذا لأنه لا يخلو أما أن يثبت العتق قبل الموت أو بعده مقتصراً أو مستنداً لأوجه إلى الأوّل لعدم شرطه وهو الأداء والشيء لا يسبق شرطه ولا إلى الثاني لأن الميت ليس بمحل لنزول العتق عليه، لأن العتق إثبات قوة المالكية وهو لا يتصوّر في الميت بخلاف ما إذا مات المولى لأنه ليس بمعقود عليه بل هو عاقد والعقد يبطل بموت المعقود عليه لا بموت العاقد، ولأن المولى يصلح أن يكون معتقاً بعد الموت والعبد لا يصلح معتقاً بعده، ألا ترى أن المولى إذا قال: أنت حرّ بعد موتي يصح، **ولو قال لعبده: أنت حرّ بعد موتك لا يصح**، ولا إلى الثالث لأنه لما تعذر إثباته في الحال تعذر استناده **لأن الشيء يثبت ثم يستند** ولأن في إسناده إلى حال حياته إثبات العتق قبل شرطه وهو الأداء فلا يجوز بخلاف ما إذا مات المولى فإن العقد باق بعد موته فيعتق لكون الميت أهلاً له على ما بينا آنفاً، **ولنا أن الكتابة عقد معاوضة** لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين وهو المولى فلا تنفسخ بموت الآخر وهو العبد **كالبيع** وهذا لأن قضية المعاوضة المساواة

المولودين أو المشترين في حال الكتابة اهـ كاكي. **قوله**: (**وهو قول**) أي قول علي و اهـ هداية. **قوله**: (**وما ترك فهو لمولاه**) أي وبه قال أحمد والنخعي والشعبي وقتادة وأبو سليمان وأصحابه وعمر بن عبد العزيز اهـ كاكي. **قوله**: (**ولو قال لعبده: أنت حر بعد موتك لا يصح**) أي وكذا لو أوصى أن يعتق عنه عبده بعد موته يصح ويكون المولى هو المعتق حتى يكون الولاء له اهـ دراية. **قوله**: (**لأن الشيء يثبت**) أي أوّلاً في الحال اهـ **قوله**: (**ثم يستند**) ولا إمكان لثبوت العتق في حال الممات لعدم المحلية فكيف يستند اهـ إتقاني. **قوله**: (**ولنا أن الكتابة عقد معاوضة**) أي بين العاقدين اهـ **قوله**: (**كالبيع**) والجامع بينهما الحاجة إلى إبقاء الكتابة لأن كل واحد منهما ثبت له حق بعقد الكتابة بعرض أن يصير حقيقة، لأن المولى ثبت له حق في البدل بعرض أن يصير ذلك الحق حقيقة عند القبض والمكاتب ثبت له حق العتق على وجه يصير ذلك حقيقة عند الأداء ثم قبض خلف المولى يجعل كقبض نفسه ويجعل المولى معتقاً في آخر جزء من أجزاء حياته لحاجته فكذلك يجعل أداء خلف المكاتب كأدائه ويجعل معتقاً في آخر جزء من أجزاء حياته لحاجته بل هنا أولى لأن الكتابة شرعت نظراً للمكاتب ورفقاً حتى كانت الكتابة لازمة من جانب المولى بحيث لا يقدر على الفسخ، وشرعت غير لازمة في حق المكاتب حتى يقدر على الفسخ بتعجيز نفسه فلما وجب إبقاء الكتابة لحاجة المولى فلأن يجب إبقاؤها لحاجة المكاتب أولى يحققه أن الإجماع انعقد على جعل المولى معتقاً بعد موته ولم تنفسخ الكتابة بموته

بين العاقدين فإذا جاز بقاء العقد بعد موت المولى لحاجته إلى الولاء وغيره جاز أن يبقى بعد موت العبد لحاجته إلى مقصوده وهو شرف الحرّية بل أولى، لأن الذي استحقه المولى **قبله** ليس بلازم حتى لو عجز العبد نفسه عن أداء البدل يبطل والذي استحقه المكاتب قبل المولى لازم حتى لو أراد أن يبطله **ليس له ذلك**، ولأن الموت أنفى للمالكية منه للمملوكية/ لأن المملوكية عبارة عن العجز والمالكية عبارة عن القدرة والموت أنفى للقدرة منه للعجز فإذا بقي العقد مع أقوى المنافيين فمع أدناهما أولى، ألا ترى أن مملوكية العبد باقية بعد موته لحاجته حتى وجب الكفن على مولاه فكذا هنا أيضاً تبقى المملوكية لحاجته وهي أشرف بل أولى لما فيها من التعدّي للأتباع كالأولاد وأمهاتهم، **أو نقول للمكاتب**: يثبت بالكتابة مالكية اليد في مكاسبه وبها يتمكن من أداء الكتابة فتبقى تلك المالكية بعد موته لأن حاجته إلى تحصيل الحرّية لنفسه فوق حاجة المولى، وما ذكره من الترديد قلنا: إنه يعتق بعد الموت عند البعض بأن يقدّر حياً قابلاً للعتق كما يقدّر المولى حياً مالكاً معتقاً بعد موته، ولهذا يقدّر الميت حياً في حق ما يحتاج إليه من أمواله كتجهيزه وقضاء دينه وتنفيذ وصاياه، وعند الجمهور أنه يعتق في آخر جزء من أجزاء حياته إما لأن سبب الأداء موجود قبل الموت فيستند الأداء إليه فيكون أداء خلفه كأدائه بنفسه، فإن قيل: الأداء فعل حسي **والإسناد** يكون في الأحكام الشرعية، قلنا: نعم لكن فعل النائب مضاف إلى المنوب عنه وهذه الإضافة شرعية، ألا ترى أن من رمى صيداً **فمات** قبل أن يصيبه **ثم أصابه** صار مالكاً له حتى يورث عنه والميت ليس بأهل له ولكن لما صح السبب والملك يثبت بعد تمام السبب وتمامه بالإضافة إليه وهو ليس بأهل له يثبت الملك من حين الإمكان وهو آخر جزء من أجزاء حياته، فكذا هنا لما كان السبب منعقداً وهو عقد الكتابة والعتق موقوف على الأداء والأداء جائز بعد الموت

[١٢٠ أ/٣]

فكان ذلك دليلاً على جعل المكاتب معتقاً بعد موته بالطريق الأولى، لأن الإعتاق فعل وكونه معتقاً وصف وليس بفعل والموت ينافي الأفعال ولا ينافي الصفات، ولأن من شرط كونه معتقاً أن يكون مالكاً ومن شرط كونه معتقاً أن يكون مملوكاً والموت أنفى للمالكية من المملوكية وأنفى لكونه معتقاً من كونه معتقاً، ألا ترى أن الجمادات توصف بالمملوكية ولا توصف بالمالكية فإذا جعل المولى معتقاً بعد الموت كأن جعل المكاتب معتقاً بالطريق الأولى اهـ غاية. **قوله**: (**قبله**) أي قبل المكاتب اهـ **قوله**: (**ليس له ذلك**) فإذا لم يبطل حق المولى بموته فحق المكاتب وإنه ألزم أولى أن لا يبطل اهـ دراية. **قوله**: (**أو نقول للمكاتب**) متعلق بالفعل الذي يليه اهـ **قوله**: (**لأن سبب الأداء**) أي وهو عقد الكتابة اهـ كاكي. **قوله**: (**والإسناد**) إنما اهـ كاكي. **قوله**: (**فمات**) أي الرامي اهـ **قوله**: (**ثم أصابه**) أي

والحكم وهو وقوع العتق مما يمكن إثباته من حين الموت كالملك في تلك الحالة حكمنا بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته، وإما بأن يقام الترك الموجود منه في آخر جزء من أجزاء حياته **مقام التخلية بين المال وبين المولى** وهو الأداء المستحق عليه.

قال رحمه اللّه: (وإن ترك ولداً ولد في كتابته لا وفاء سعى كأبيه على نجومها وإذا أدّى حكم بعتقه وعتق أبيه قبل موته) لأن الولد دخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الأداء وصار أداؤه كأداء أبيه فيجعل كأنه ترك وفاء مع الولد، **وفي الكافي: لو كاتب أمته** على أنه بالخيار ثلاثاً فولدت في مدّة الخيار وماتت وبقي الولد بقي خياره وعقد الكتابة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما اللّه وله أن يجيزها وإذا أجاز يبقى الولدعلى نجوم أمّه، وإذا أدّى عتقت الأمّ في آخر جزء من أجزاء حياتها وعتق ولدها وهذا استحسان، وعند محمد رحمه اللّه تبطل الكتابة ولا تصح إجازة المولى وهو القياس لأن الولد إنما يقوم مقام الوالد في الكتابة إذا كان ولد المكاتب وأمّه لم تصر مكاتبة بعد، ولهما أن في إبقاء العقد فائدة بأن يجيزه المولى ويقوم الولد مقامها وينفذ العقد في حق الأم بنفاده في حق الولد ثم يستند إلى وقت الانعقاد.

قال رحمه اللّه: (ولو ترك ولداً مشترى عجل البدل حالاً أو ردّ رقيقاً) وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه وعندهما يؤدّيه على نجومه **لأنه تكاتب عليه** فيسعى على نجومه كالولد المولود في الكتابة لأنه صار بمنزلته حتى جاز للمولى إعتاقه كما يجوز إعتاق المكاتب نفسه بخلاف سائر أكساب المكاتب فإنه لا يملك إعتاقه، ولأبي حنيفة رحمه اللّه أن الأجل يثبت بالشرط في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشتري لم يدخل تحت العقد لأنه لم يضف إليه العقد ولم يسر حكمه إليه لكونه منفصلاً عنه وقت الكتابة وكان ينبغي أن يباع بعد موته لفوات المتبوع، ولكن إذا عجل وأعطى من ساعته صار كأنه مات عن وفاء بخلاف الولد

ثم أصاب السهم الصيد اهـ **قوله: (مقام التخلية بين المال وبين المولى)** فإن قيل: لو قذفه قاذف بعد أداء بدل الكتابة في حياته يحد قاذفه، ولو حكم بحريته في آخر حياته ينبغي أن يحد قاذفه والحال أنه لا يحد قاذفه، قلنا: ثبتت الحرية في آخر حياته لضرورة حاجته إليها والثابت بالضرورة لا يعد وموضعها فلا يظهر في حق إحصانه فلا يحد قاذفه مع أن الحدود تدرأ بالشبهات والحرية هنا تثبت مع الشبهة وما ثبت بالاستناد ثبت من وجه اهـ كاكي. **قوله: (وفي الكافي لو كاتب أمته إلخ)** وضع في خيار المولى إذْ في خيار الأمة موتها بمنزلة قبول الكتابة لأن الخيار لا يورث من الحر فكيف من المكاتبة لكنها كما أشرفت على الموت وعجزت عن التصرف بحكم الخيار سقط خيارها من الحقائق اهـ ابن فرشتا. **قوله:**

المولود/ في الكتابة لأنه ماؤه بعد المكاتبة فيدخل في حكمه ويسعى على نجومه، [١٢٠ب/٣] فعلى هذا لو اشترى ابنه المولود بعد الكتابة من امرأة له أمة **ينبغي أن يدخل في كتابته** لأنه من مائه بعد الكتابة.

قال رحمه الله: (وإن اشترى ابنه فمات وترك وفاء ورثه ابنه) لأنه لما أدّى بدل الكتابة **حكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته** فيتبعه ولده في ذلك الوقت فيكونان حرّين فيظهر أنه مات حرّاً عن ابن حرّ.

قال رحمه الله: (وكذا لو كان هو وابنه مكاتبين **كتابة واحدة**) يعني يرثه لأنهما صارا كشخص واحد فإذا حكم بعتق أحدهما في وقت حكم بعتق الآخر في ذلك الوقت ضرورة اتحاد العقد على ما بيناه فيصير حرّاً مات عن ابن حرّ، ولو مات المكاتب وترك ثلاثة أولاد حرّاً ومولوداً في الكتابة ومكاتباً معه بعقد واحد ووصياً يرثه أولاده لما ذكرنا، ويملك الوصي بيع العروض دون العقار والدراهم والدنانير لأن بيع العروض من الحفظ دون العقار والدراهم والدنانير، ولو مات الحرّ قبل أداء الكتابة لا يرثانه لأن إرثه ليس من حقوق كتابة أبيه فلا يظهر الإسناد في حقه.

قال رحمه الله: (**ولو ترك ولداً من حرة** وديناً فيه وفاء بمكاتبته فجنى الولد

(لأنه تكاتب عليه) أي تبعاً اهـ هداية. **قوله: (ينبغي أن يدخل في كتابته)** أي على حكم أبيه اهـ **قوله: (حكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته)** أي بطريق الاستناد لأن الميت ليس بمحل للإعتاق اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (كتابة واحدة)** قيد به لأنهما لو كانا مكاتبين كل واحد بعقد على حدة لا يرثه ابنه كذا ذكره المحبوبي لأنه لما كان مقصوداً بالكتابة فإنما يعتق من وقت أداء البدل مقصوراً عليه لأن الإسناد للضرورة ولا ضرورة في حقه هاهنا فكان عبداً عند موت أبيه فلا يرثه اهـ كاكي. **قوله في المتن: (ولو ترك ولداً من حرّة إلخ)** قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي: وإذا مات المكاتب وله ديون على الناس وترك ولداً حرّاً فهو مولى لموالي الأم ما لم يخرج الدين فتؤدي المكاتبة فإذا أدّيت رجع ولاء الولد إلى موالي الأب ولم يرجع إلى موالي الأم بما عقلوا عنه بعد موته فإن مات الولد بعد موته قبل خروج الدين فاختصم موالي الأب وموالي الأم في ميراثه فقضى به لموالي الأم بطلت الكتابة، فإن خرج الدين كان ميراثاً للمولى عن عبده إلى هنا لفظ الحاكم والفرق بين الفصلين أن في المسألة الأولى قرر القاضي حكم الكتابة حيث قضى بالعقل على عاقلة الأم لأن حكم بقاء الكتابة أن يكون الولاء لموالي الأم، لأنه تعذر إثباته من موالي الأب لأنه لم يعتق بعد، والقضاء بتقرير حكم الكتابة لا يكون قضاء بفسخها ولكن إلحاق الولاء بموالي الأم لا بسبيل الاستقرار بل على احتمال أن يعتق الأب فيجر الولاء إلى مواليه، فإذا خرج الدين وأدّيت الكتابة انتقل الولاء إلى موالي الأب لأنه عتق ولم يرجع موالي الأم بما عقلوا على

فقضى به على عاقلة الأمّ لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب، وإن اختصم موالي الأمّ **وموالي الأب في ولائه** فقضى به لموالي الأمّ فهو قضاء بالعجز) والفرق أن القضاء بموجب الجناية على العاقلة يقرر حكم الكتابة لأن من قضية قيام الكتابة أن يكون موجب جنايته على موالي الأمّ، لأن المكاتب وإن ترك مالاً وهو الدين لا يحكم بعتقه إلا عند أداء بدل الكتابة فكانت جنايته عليهم فإذا قضى بها القاضي عليهم كان القضاء تقريراً للكتابة فتبقى الكتابة على حالها، فإذا أدّى بعد ذلك بدل الكتابة عتق المكاتب وظهر للابن ولاء في جانب الأب فينجرّ إليه ولاؤه لأن الولاء كالنسب والنسب لا يثبت من قوم الأمّ إلا عند تعذر إثباته من قوم الأب حتى لو ارتفع المانع من إثباته منه بأن أكذب الملاعن نفسه يعود النسب إليه فكذا الولاء، وأما إذا كانت الخصومة في نفس الولاء فإن القاضي يقضي بكون الولاء لموالي الأم إذ الخصومة وقعت في الولاء ومن ضرورته القضاء بفسخ الكتابة، لأن الولاء لا يكون من جانب الأم إلا إذا تعذر إثباته من جانب الأب وإنما يتعذر إثباته بفسخ الكتابة إذ لو كانت باقية يمكن أن يثبت من جانبه بالأداء، وفرق آخر أن القضاء بموجب الجناية على موالي الأم لا يلزم منه القضاء بفسخ الكتابة لأنه قد يقضي بموجب الجناية على غير من وجب عليه كالكفيل، والقضاء بالولاء لموالي الأم يتضمن القضاء بفسخ الكتابة إذ لا يمكن أن يجتمع عليه الولآن إذ لو لم يكن فسخاً لها يلزم الحكم بحرّيته إذا أدّى بدل الكتابة فإذا صار حراً في آخر حياته انتقل ولاء الولد إليه وانتقض القضاء وهو يجب صيانته عن النقض فلا يفسخ إذا صادف محلاً مجتهداً فيه، والحكم بالإرث من الولد لموالي الأم كالحكم بالولاء لهم حتى تنفسخ به الكتابة ولا يجوز نقضه وهذا كله فيما إذا مات المكاتب عن وفاء فاديّت الكتابة أو عن ولد فأدّاها، وأما إذا مات لا عن وفاء ولا عن ولد فاختلفوا في بقاء الكتابة، قال الإسكاف: تنفسخ حتى لو تطوّع

موالي الأب لأن الولاء انتقل إليهم بعد الموت لا قبله وأما إذا مات الابن بعد موت المكاتب فاختصم موالي الأب وموالي الأم في ميراثه فقضى القاضي بالولاء لموالي الأم كان ذلك قضاء فسخاً للكتابة لأن خصومتهم وقعت في بقاء الكتابة وانتفاضها ولا يستقر الولاء لأحد المولِيين إلا بناء على ذلك إن بقيت وأدّيت الكتابة وعتق الأب كان الولاء لمواليه وإن انتقضت كان لموالي الأم فموالي الأم يقولون: انتفضت حيث اعتقدوا أن المكاتب مات عبداً وهو مذهب بعض الصحابة إذا مات المكاتب عن وفاء وموالي الأب يقولون: بقيت حيث اعتقدوا أن المكاتب مات حراً كما هو مذهب بعض الصحابة وانتقل الولاء إلينا بحريته، ثم إذا قضى القاضي بالولاء لموالي الأم وقع ذلك في فصل مجتهد فيه فنفذ فكان القضاء تعجيزاً، ثم إذا خرج الدين كان للمولى لأنه كسب عبده اهـ إتقاني. **قوله: (وموالي**

إنسان بأداء بدل الكتابة عنه لا تقبل منه، وقال أبو الليث رحمه الله: لا تنفسخ ما لم يقض بعجزه حتى لو تطوّع به إنسان عنه قبل القضاء بالفسخ/ جاز ويحكم بعتقه في آخر حياته. [١٢١/أ ٣/١]

قال رحمه الله: (وما أدّى المكاتب من الصدقات وعجز طاب لسيده) لأن الملك قد تبدّل وتبدّل الملك كتبدّل العين فصار كعين آخر وإليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم بقوله في حديث بريرة «**هو لها صدقة** ولنا هدية»[١] قال ذلك حين أهدت إليه **وكانت مكاتبة** وصار كالفقير يموت عن صدقة أخذها يطيب ذلك لوارثه الغني لما ذكرنا، وكذا إذا استغنى الفقير يطيب له ما أخذه من الزكاة حالة فقره وكذا ابن السبيل إذا أخذ الصدقة ثم وصل إلى ماله وفي يده الصدقة تحل له لأن المحرّم على الغني ابتداء الأخذ لما فيه من الذل فلا يرخص له من غير ضرورة، فإذا أخذه في حالة الفقر فبعد ذلك ليس فيه إلا الاستدامة فيطيب له. ولو أباح الفقير للغني أو الهاشمي عين ما أخذ من الزكاة لا يحل **لأن الملك لم يتبدل ونظيره المشتري إذا اشترى شراء فاسداً لا يطيب بالإباحة** ولو ملكه يطيب، ولو عجز المكاتب قبل الأداء إلى المولى يطيب للمولى عند محمد رحمه الله بلا إشكال لأن المكاتب عنده إذا عجز

الأب في ولائه) أي في إرثه بعد موته اهـ **قوله: (هو لها صدقة)** والمعنى في ذلك أن الخبث باعتبار أنه من أوساخ الناس لا لعين المال فكان الخبث في الجهة فلم يبق معنى الوسخ بتبدّل السبب لأن المولى يتناوله بجهة غير الجهة التي تناوله المكاتب، لأن المولى يأخذه على أنه بدل الكتابة لا على أنه صدقة اهـ إتقاني. **قوله: (وكانت مكاتبة)** كذا هو في عبارة النهاية اهـ وكتب ما نصه: فيه نظر بل كانت حرة حينئذ اهـ من خط قارئ الهداية. وكتب أيضاً ما نصه: قال الكاكي: والحل بعد التبدّل وقعت الإشارة النبوية إليه في حديث بريرة مع أن بريرة كانت مكاتبة اهـ **قوله: (لأن الملك لم يتبدّل)** قال الإتقاني: لأن المباح له يتناوله على ملك المبيح اهـ **قوله: (ونظيره المشتري إذا اشترى شراء فاسداً)** أي إذا أباحه للغير اهـ **قوله: (لا يطيب بالإباحة)** قال الإتقاني: ونظيره ما ذكر في كتاب المأذون في رجل اشترى طعاماً مأكولاً بيعاً فاسداً أنه لا يحل تناوله، وإن أباحه لغيره لم يحل للمباح له أيضاً فإن باعه بيعاً صحيحاً أو وهبه يحل للثاني لتبدّل الملك فكذا هذا قياساً على تلك المسألة، وإن لم يذكر في المبسوط فبالعجز لم يبطل الأداء السابق فلم يبطل ما تعلق به أيضاً فحل للمولى تناوله هذا إذا عجز بعد الأداء، فإن عجز قبل الأداء وفي يده صدقات من الزكاة هل يحل تناوله للمولى إذا كان غنياً أو هاشمياً لم يذكر حكمه في الجامع الصغير، وذكر في آخر ضمان المكاتب من كتاب المكاتب أنه يحل في الوجهين جميعاً اهـ غاية. **قوله:**

---

(١) تقدم تخريجه.

يملك المولى ما في يده ملكاً مبتدأ **حتى تنتقض إجارته**، وعند أبي يوسف لا يطيب لأنه إذا عجز لا يملك المولى أكسابه ملكاً مبتدأ وإنما كان له فيه نوع ملك فيتأكد بالعجز ولم يتجدّد له فيه ملك، ولهذا لا تنتقض إجارة المكاتب عنده بالعجز كما في العبد المأذون له إذا حجر عليه والصحيح أنه يطيب بالإجماع لما ذكرنا أن المحرم هو ابتداء الأخذ وإنما أبيح للحاجة وحرم على الغنى لأنه لا حاجة له فيه وكذا على الهاشمي صيانة لقرابة النبي ﷺ عن أوساخ الناس ولم يوجد من المولى الأخذ فصار كابن السبيل وصل إلى ماله أو فقير استغنى وفي يده ما أخذه من الصدقة فإنه يطيب له على ما ذكرنا فكذا هذا.

قال رحمه الله: (وإن جنى عبد فكاتبه سيده جاهلاً بها) أي بالجناية (فعجز دفع أو فدى) يعني المولى بالخيار إن شاء دفع العبد بالجناية وإن شاء فداه بالأرش لأنه لما كاتبه وهو لا يعلم بالجناية لزمه قيمته لأنه لم يصر مختاراً للفداء بالمكاتبة **من غير علم** وقد امتنع الدفع بفعله من غير أن يصير مختاراً فيجب عليه الأقل من قيمته ومن الأرش كما إذا أعتقه أو دبره أو استولد الجارية أو باعه بعدما جنى من غير علم بالجناية إلا أن المانع من الدفع على شرف الزوال فلم ينتقل حق ولي الجناية من العبد إلى القيمة، فإذا عجز زال المانع فيخير بين الدفع والفداء على القاعدة.

قال رحمه الله: (وكذا إن جنى مكاتب ولم يقض به فعجز) يعني حكمه كالأول لأنه لما عجز صار قناً، وجناية القن يخير فيه المولى بين الدفع والفداء على ما عرف في موضعه، وقبل أن يعجز يجب عليه الأقل من قيمته ومن الأرش لأن دفعه متعذر بسبب الكتابة وهو أحق بكسبه من المولى وموجب الجناية عند تعذر الدفع يجب على من يكون له الكسب، ألا ترى أن جناية المدبر وأم الولد توجب على المولى الأقل من قيمته ومن الأرش لما أنه أحق بكسبهما.

قال رحمه الله: (فإن قضى به عليه في كتابته فعجز فهو دين بيع فيه) أي إن قضى بموجب الجناية على المكاتب في حال كتابته وهو الأقل من قيمته ومن الأرش فهو دين عليه يباع فيه لأن الحق انتقل من الرقبة إلى القيمة بالقضاء وهذا عند علمائنا الثلاثة، وقال زفر رحمه الله: يجب عليه قيمته ولا يباع وهو قول أبي يوسف رحمه الله / أوّلاً: لأن المانع من الدفع موجود وقت الجناية وهو الكتابة فوجب أن يكون [١٢١ ب/٣] موجبة القيمة ولا يتغير كجناية المدبر وأم الولد، ولنا أن الأصل في جناية العبد الدفع

(حتى تنتقض إجارته) أي لو آجر شيئاً من أكسابه ثم عجز اهـ وكتب ما نصه: قال الإتقاني: ولذلك أوجب نقض الإجارة إذا آجر المكاتب أمته ظئراً ثم عجز فصار كما إذا أدّى ثم عجز اهـ إتقاني. **قوله**: **(من غير علم)** أي كما لو باعه وهو لا يعلم بجنايته اهـ كاكي. **قوله**:

وإنما يصار إلى القيمة عند تعذر الدفع، والمانع هنا متردّد لاحتمال انفساخ الكتابة فلا يثبت الانتقال عن الموجب الأصلي إلا بالقضاء أو بالصلح عن الرضا أو بالموت عن الوفاء وهو نظير المغصوب إذا أبق لا تجب عليه القيمة إلا بالقضاء حتى إذا رجع قبل القضاء يكون لمولاه، وإن رجع بعد القضاء يكون للغاصب، وكذا المبيع إذا أبق قبل القبض لا يبطل البيع إلا بالقضاء **وكذا إذا قتل** لأن القيمة تقوم مقامه، ولهذا يبقى البيع إذا رضي المشتري بقيمته بخلاف المدبر وأم الولد لأنهما لا يقبلان الفسخ.

قال رحمه الله: (وإن مات السيد لم تنفسخ الكتابة) لأنها حق العبد فلا يبطل بموت السيد كالتدبير وأمومية الولد والدين وكالأجل فيه إذا مات الطالب.

قال رحمه الله: (ويؤدّي المال إلى ورثته على نجومه) لأن النجوم حقه لأنه أجل وهو حق المطلوب فلا يبطل بموت الطالب كالأجل في الدين بخلاف ما إذا مات المطلوب حيث يبطل الأجل لأن ذمّته قد خربت وانتقل الدين إلى التركة وهي عين هذا إذا كاتبه وهو صحيح، ولو كاتبه وهو مريض لا يصح تأجيله إلا من الثلث وقد ذكرناه والاختلاف فيه من قبل.

قال رحمه الله: (وإن حرّروه عتق) أي لو أعتقه جميع الورثة عتق والقياس أن لا يعتق لأنهم لم يملكوه لأن المكاتب لا يقبل النقل بسائر الأسباب فكذا بالإرث ولهذا لا يكون للإناث منهم الولاء فيه، ولو ملكوه لكان لهم وجه الاستحسان أن هذا يجعل إبراء عن بدل الكتابة فإنه حقهم وقد جرى فيه الإرث فيكون الإعتاق منهم إبراء اقتضاء أو إقراراً بالاستيفاء منه فتبرأ ذمّته لأنه لم يبق عليه دين فيعتق لبراءة ذمّته كما إذا أبرأه المولى عن بدل الكتابة كله، ويشترط أن يعتقوه في مجلس واحد حتى لو أعتقه بعضهم في مجلس وأعتقه الآخرون في مجلس آخر لم يعتق، وقيل: يعتق إذا اعتقه الباقون ما لم يرجع الأول.

قال رحمه الله: (وإن حرّره بعض لم ينفذ عتقه) أي لو أعتقه بعض الورثة لا يعتق منه شيء لأنه لا يملكه ولا عتق فيما لا يملك ابن آدم ولا يمكن أن يجعل إبراء ولا إقراراً بالاستيفاء، لأن إبراء البعض أو استيفاءه لا يوجب عتقه لتعذر ثبوت العتق من جهته فيبطل المقتضى وهو الإعتاق، ولا يبرأ من الدين أيضاً لأن البراءة لم تثبت إلا اقتضاء فإذا بطل المقتضى للإبراء بطل المقتضى أيضاً لأنه لم يثبت إلا به، وبطلان المقتضى يوجب بطلان المقتضى بخلاف إعتاق الجميع لأنه أمكن أن يجعل عبارة عما يحصل به العتق وهو الإبراء عن جميع البدل أو الإقرار بالاستيفاء للكل، ألا ترى أنهم لو أبرؤوه جميعاً أو أقرّوا بالاستيفاء عتق، ولو أبرأه بعضهم أو أقرّ باستيفاء نصيبه

(وكذا إذا قتل) أي: المبيع قبل القبض واختار المشتري إمضاء البيع اهـ

لا يعتق وكذا لو قبض نصيب الكل بغير أمرهم لا يعتق إلا إذا أجازوا قبضه أو قبضه بأمرهم لأنه إذا قبضه بغير أمرهم لم يبرأ عن نصيب غير القابض، ولهذا كان لهم أن يطالبوا المكاتب به، ولو كان للمولى وصي عليه دين مستغرق أو لم يكن مستغرقاً لا يعتق بقبض الورثة لأنهم لا يملكون القبض ويعتق بقبض الوصي سواء كان عليه دين أو لم يكن ويعتق بقبض الغرماء، ولو أوصى بمال الكتابة لرجل فسلمه المكاتب إليه عتق لأنه أوصل الحق إلى مستحقه والله أعلم بالصواب / . [١٢٢/أ٣]

كتاب الولاء

هو من الولي بمعنى القرب فهي قرابة حكمية حاصلة من العتق أو من الموالاة هذا في اللغة يقال: ولي الشيء إذا حصل الثاني بعد الأول من غير فصل ومنه قوله عليه الصلاة والسلام: «ليلني منكم أولو الأحلام والنهي»[1] وقال في النهاية: سمي ولاء العتاقة والموالاة به لأن حكمهما وهو الإرث يقرب ويحصل عند وجود شرطه من غير فصل أو من الموالاة وهو مفاعلة من الولاية بالفتح وهو النصرة والمحبة **إلا أنه اختص** في الشرع بولاء العتاقة وولاء الموالاة، وهو في الشرع عبارة عن التناصر بولاء العتاقة أو بولاء الموالاة، ومن آثار التناصر الإرث والعقل وسبب هذا الولاء الإعتاق عند الجمهور **لقوله عليه الصلاة والسلام «الولاء لمن أعتق»**[2] والأصح أن سببه العتق على ملكه لأنه يضاف إليه يقال: ولاء العتاقة ولا يقال: ولاء الإعتاق والإضافة دليل الاختصاص وهو بالسببية ولأن من ورث قريبه فعتق عليه كان مولى له ولا إعتاق من

كتاب الولاء

إيراد كتاب الولاء عقيب كتاب المكاتب ظاهر التناسب لما أن الولاء من آثار التكاتب أيضاً اهـ إتقاني. **قوله: (إلا أنه اختص إلخ)** قال الإتقاني: وفي الشريعة يراد به القرابة الحاصلة بسبب العتق أو بسبب الموالاة اهـ **قوله: (لقوله ﷺ: «الولاء لمن أعتق»)** رواه البخاري في الصحيح بإسناده إلى عائشة في كتاب المكاتب وفي كتاب الزكاة عن النبي ﷺ، ولأن التناصر يحصل بالإعتاق ولهذا يعقل عن المعتق مولاه لأن عاقلة الرجل أهل نصرته، ولهذا لو كان قوم يتناصرون بالحرفة كان عاقلتهم أهل الحرفة ومن لا قرابة له ينتصر بمولاه وبعصبة مولاه فيكون مواليه مولاه وعصبته الأقرب فالأقرب، ولأن الإعتاق إحياء معنوي لأنه إزالة الرق الذي هو جزاء الكفر الأصلي، والكفر موت معنى فكان في الإعتاق إزالة الكفر الذي هو الموت المعنوي فيكون الإعتاق إحياء معنوياً، والنسب إحياء حقيقي لأن من لا نسب له كولد الزنا لا يبقى حياً غالباً لعدم من يربيه إذ لا أب له ينسب إليه وليس للأم قوة التربية لضعف بنيتها فكان النسب إحياء حقيقياً ثم بالنسب الذي هو الإحياء الحقيقي كالولاد مثلاً يثبت استحقاق أصل الإرث فجاز أن يثبت بالإحياء المعنوي الذي هو الإعتاق لقوله عليه الصلاة والسلام: «الولاء لحمة كلحمة النسب»[3] إلا أن الإرث إنما

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه الدارمي في الفرائض (٣١٥٩).

جهته والحديث لا ينافي أن يكون العتق على الملك هو السبب لأن العتق يوجد عند الإعتاق لا محالة وتخصيصه به خرج مخرج الغالب.

قال رحمه الله: (الولاء لمن أعتق ولو بتدبير وكتابة واستيلاد وملك قريب) لما روينا وهو بعمومه يتناول الكل ولأن الرقيق هالك حكماً، ألا ترى أنه لا يثبت في حقه كثير من الأحكام التي تختص بالإحياء نحو القضاء والشهادة والملك في الأموال وكثير من العبادات فكان الإعتاق إحياء لثبوت أحكام الإحياء به كالإحياء بالإيلاد فيرث به كما يرث الأب من ولده، ولهذا سمي ولاء نعمة لأنه أنعم عليه حيث أحياه حكماً قال الله تعالى: ﴿وإذ تقول للذي أنعم الله عليه وأنعمت عليه﴾ [الأحزاب: ٣٧] أي أنعم الله عليه بالهدى **وأنعمت عليه بالإعتاق** ولأنه يعقل عنه فوجب أن يرثه لأن الغنم بالغرم والمرأة في هذا كالرجل لإطلاق ما روينا ولقوله عليه الصلاة والسلام: «ليس للنساء من الولاء شيء إلا ما أعتقن»[1] الحديث وروي «أن ابنة حمزة أعتقت عبداً لها ومات عن بنت فجعل رسول الله ﷺ نصف ماله لبنته ونصفه الآخر لبنت حمزة»[2] ولأنها أحيته حكماً فترثه كالرجل، **ولو أعتق في دار الحرب وخلاه** لا ولاء له عليه حتى إذا خرجا إلينا مسلمين لا يرثه وعند أبي يوسف رحمه الله يثبت له الولاء ويرثه ذكره في الكافي، ولو أدّى المكاتب بعد موت المولى فعتق فولاؤه للمولى **فيكون لعصبته الذكور** لما ذكرنا أنه لا يملك بالإرث، وكذا العبد الموصى بعتقه أو بشرائه أو أعتقه الوصي بعد موته لانتقال فعل الوصي إليه وكذا يعتق مدبروه وأمهات أولاده بعد موته ويكون ولاؤهم له.

يثبت للأعلى دون الأسفل لقوله عليه الصلاة والسلام: «إنما الولاء لمن أعتق» اهـ إتقاني. وكتب ما نصه قال شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي: وأكثر أصحابنا يقولون: سبب هذا الولاء الإعتاق ولكنه ضعيف فإن من ورث قريبه فعتق عليه كان مولى له ولا إعتاق هاهنا والأصح أن سببه العتق على ملكه لأن الحكم يضاف إلى سببه يقال: ولاء العتاق ولا يقال: ولاء الإعتاق اهـ إتقاني. قوله على ملكه أي بأي سبب كان اهـ **قوله: (وأنعمت عليه بالإعتاق)** أي وهو زيد وكان عبداً لخديجة رضي الله عنها فوهبته لرسول الله ﷺ فأعتقه اهـ إتقاني. **قوله: (ولو أعتق في دار الحرب وخلاه)** أما إذا لم يخله بأن قال له وهو آخذ بيده: أنت حرّ فإنه لا يعتق عند أبي حنيفة خلافاً لهما حتى لو أسلم الحربي والعبد عنده فهو ملكه عند أبي حنيفة كما مر في كتاب السير في باب الاستيلاء اهـ **قوله: (فيكون لعصبته الذكور)** أي بطريق الخلافة لا بطريق الإرث كما يأتي في أواخر هذا الفصل اهـ **قوله**

---

(١) أخرجه الدارمي في الفرائض (٣١٤٥) بنحوه.

(٢) أخرجه ابن ماجه في الفرائض (٢٧٣٤)، والدارمي في الفرائض (٣٠١٣).

قال رحمه الله: (**وشرط السائبة لغو**) أي لو أعتق المولى عبده وشرط أن لا يرثه كان الشرط لغواً لكونه مخالفاً لحكم الشرع فيرثه كما في النسب إذا شرط أنه لا يرثه.

قال رحمه الله: (ولو أعتق حاملاً من زوجها القن لا ينتقل ولاء الحمل عن مولى الأم أبداً) لأن الجنين عتق بعتق أمه وعتقت أمه مقصوداً فكذا هو يعتق مقصوداً لأنه جزء الأم والمولى أوقع الإعتاق على جميع أجزائها مقصوداً فيكون للجنين، والولاء لا ينتقل من المعتق لقوله ﷺ: «الولاء لمن أعتق» وإنما يعرف كون الحمل موجوداً عند العتق بأن تلده لأقل من ستة أشهر من وقت العتق لتيقننا وقت العتق، وكذا إذا ولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر والآخر لأكثر منه وبينهما أقل من ستة أشهر لأنا تيقنا أن الأول كان موجوداً وقت العتق وتيقنا أنهما توأمان حملت بهما جملة لعدم تخلل/ أقل مدّة الحمل بينهما فإذا تناول الأول الإعتاق [١٢٢ب/٣] تناول الآخر الإعتاق أيضاً ضرورة فصار معتقاً لهما والولاء لا ينتقل من المعتق.

قال رحمه الله: (فإن ولدت **بعد عتقها** لأكثر من ستة أشهر فولاؤه لمولى الأم) لأن الولد جزؤها فيتبعها في الصفات الشرعية، ألا ترى أنه يتبعها في الحرية والرق فكذا في الولاء عند تعذر جعله تبعاً للأب لرقه.

قال رحمه الله: (فإن عتق العبد) وهو الأب (جرّ ولاء ابنه إلى مواليه) لأن مولى الأم لم يعتق الولد هنا لحدوثه بعد إعتاقها وإنما نسب إليه الولد تبعاً للأم لتعذر نسبته إلى الأب، فإذا عتق الأب أمكن نسبته إليه فجعله تبعاً له أولى من جعله تبعاً للأم لأن الولاء كالنسب قال عليه الصلاة والسلام: «**الولاء لحمة كلحمة النسب**» والنسب إلى الآباء فكذا الولاء فينتقل إلى موالي الأب إذا زال المانع كولد الملاعنة ينسب إلى قوم الأم ثم إذا أكذب نفسه ينتقل إلى الأب لزوال المانع، هذا إذا لم تكن معتدّة فإن كانت معتدّة فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر من وقت العتق ولأقل من سنتين من وقت الفراق لا ينتقل ولاؤه إلى مولى الأب، لأنه كان موجوداً عند عتق الأم لثبوت نسبة العلوق إلى ما قبل العتق بل قبل الفراق ولهذا ثبت نسبه من الزوج

في المتن: (وشرط السائبة لغو) قال الخرقي من أصحاب أحمد بن حنبل في مختصره: ومن أعتق سائبة لم يكن له الولاء عليها اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (بعد عتقها)** ليس في خط الشارح وهو ثابت في المتون اهـ **قوله: (الولاء لحمة كلحمة النسب)** لا يباع ولا يورث ولا يوهب ذكره محمد بن الحسن هكذا في الأصل عن عبيد الله بن عمر عن عبدالله بن دينار عن ابن عمر عن رسول الله ﷺ وفسر في الجمهرة وديوان الأدب اللحمة بالقرابة. وقال في

فصادفه الإعتاق ضرورة فلا ينتقل إلى مولى الأب، **والأصل في جر الولاء ما رُوي عن عمر** رضي اللّه عنه أنه قال: **إذا كانت الحرة تحت مملوك** فولدت عتق الولد بعتقها فإذا أعتق أبوه جر الولاء، **وما رُوي أن الزبير أبصر** فتية لعساً بخيبر فأعجبه ظرفهم وأمهم مولاة لرافع بن خديج **وأبوهم عبدٌ لبعض الحرقة** من جهينة أو لبعض أشجع فاشترى الزبير أباهم فأعتقه ثم قال: انتسبوا إليّ وقال رافع: بل هم مواليّ فاختصما إلى عثمان رضي اللّه عنه فقضى بالولاء للزبير، وفي هذا دليل على أن الولد ينسب إلى قوم الأم ما لم يظهر له ولاء من قبل أبيه فإذا ظهر له ولاء بالعتق جر ولاء الولد إليه، وفي الجامع الصغير إذا تزوّجت معتقة بعبد فولدت أولاد فجنى الأولاد فعقلهم على موالي الأم لأنهم عتقوا تبعاً لأمهم ولا عاقلة لأبيهم ولا موالي فألحقوا بموالي الأم ضرورة كما في ولد الملاعنة، وإن أعتق الأب بعد ذلك جرّ ولاء الأولاد إلى نفسه لما بينا ولا يرجعون على عاقلة الأب بما عقلوا بخلاف ولد الملاعنة إذا عقل عنه قوم الأم ثم أكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون على عاقلة الأب، والفرق أن النسب يثبت من وقت العلوق لا من وقت الإكذاب إذ لا يتصوّر أن يكون الإنسان ولد الشخص في وقت ثم يتحوّل بعد ذلك إلى غيره فيكون ولداً لغيره، وبالإكذاب يتبين ذلك ويتبين أن عقله كان على قوم أبيه وقد أجبر قوم الأم على الأداء **فيرجعون عليهم به**، وفي الولاء حين

المُغْرب أي تشابك ووصلة كوصلة النسب اهـ إتقاني. **قوله**: (**والأصل في جر الولاء ما روي عن عمر إلخ**) هذا الأثر الذي عن عمر ذكره الإتقاني فقال: لما روى محمد بن الحسن في الأصل عن عمر بن الخطاب رضي اللّه عنه قال: إذا كانت الحرة تحت مملوك فولدت عتق الولد بعتقها فإذا أعتق أبوهم جر الولاء اهـ **قوله**: (**إذا كانت الحرة تحت مملوك**) كتب قارئ الهداية في نسخته على الهامش بإزاء قوله الحرة الأمة وكتب فوقها ظاء وفيه إشارة إلى أن الصواب أن يقال: إذا كانت الأمة تحت مملوك، ولفظ عمر كما رواه محمد بن الحسن في الأصل الحرة كما نقلته في القولة التي قبل هذه نقلاً عن الإتقاني رحمه اللّه ولعل منشأ توهم أن يكون الصواب أن يقال: الأمة من قوله بعد عتق بعتقها فإنه يوهم أن الأم حدث فيها عتق لكنا نقول: ليس المراد ذلك وإنما المراد أن حرية الولد تابعة لحرية الأم فإذا كانت الأم حرة كان ولدها كذلك تبعاً لها واللّه الموفق اهـ وكتب على قوله الحرة وفي خط الشارح الحرة اهـ **قوله**: (**وما روي أن الزبير أبصر**) أي بحنين اهـ إتقاني. **قوله**: (**وأبوهم عبد لبعض الحرقة**) بضم الحاء المهملة وفتح الراء وبالقاف لقب لبطن من جهينة اهـ من خط الشارح. **قوله**: (**فيرجعون عليهم به**) يعني أن قوم الأم كانوا مجبورين على أداء العقل لا متبرعين لأنهم أجبروا على الأداء لأنهم كانوا عاقلة حينئذ ظاهراً فإذا ثبت النسب من الأب بالإكذاب ثبت من زمان العلوق فظهر أن قوم الأم قضوا ديناً على غيرهم بحكم القاضي

عقل قوم الأم كان ثابتاً لهم وإنما يثبت لقوم الأب مقتصراً على زمن الإعتاق لأن سببه وهو العتق مقتصر عليه فلا يرجعون به.

قال رحمه الله: (عجمي تزوّج معتقة فولدت فولاء ولدها لمواليها وإن كان له ولاء الموالاة) أي وإن كان للأب ولاء المعاقدة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: حكم الولد حكم أبيه في الوجهين أي فيما إذا والى أحداً أو لم يوال ولا يكون ولاء الولد لموالي الأم لأنه كالنسب والنسب إلى الأب وإن كانت الأم أشرف لكونه أقوى فكذا الولاء، وهذا لأن الأب حرّ له عشيرة وموال فكيف ينسب إلى أمه بخلاف ما إذا كان الأب عبداً لأنه هالك فينسب إلى قوم أمّه حتى يعتق للتعذر فصار كمن لا أب له، وكما إذا تزوّج عجمي بعربية فولدت له ولداً فإنه ينسب إلى قوم أبيه دون قوم أمه / فكذا إذا كانت معتقة إذ لا فرق بين كونها [١٢٣/أ ٣] عربية أو معتقة، وكعربي تزوّج معتقة فإن ولده منها ينسب إلى قومه دونها فكذا العجمي لأنه كالعربي في حرية الأصل، ولهما أن ولاء العتاقة معتبر لقوّته في نفسه حتى اعتبرت الكفاءة فيه، وقال عليه الصلاة والسلام: «مولى القوم منهم»(١) والنسب في حق العجم ضعيف لأنهم ضيعوا أنسابهم ولهذا لا تعتبر الكفاءة فيه فيما بينهم إذْ لا يفتخرون به أصلاً وإنما افتخارهم قبل الإسلام بعمارة الدنيا وبعده بالدين، وإليه أشار سيدنا سلمان الفارسي رضي الله عنه حين قيل له: سلمان ابن من قال: سلمان ابن الإسلام، فإذا ثبت هذا الضعف في جانب الأب كان وجوده كعدمه

فيرجعون بذلك على عاقلة الأب اهـ إتقاني. (فروع) ثم اعلم أن الجد هل يجرّ الولاء أم لا قال الحاكم الشهيد في مختصره الكافي قال الشعبي: إذا أعتق الجد جَرّ الولاء، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد: لا يجر الجد الولاء ولا يكون مسلماً بإسلام الجد كذا في الكافي بيانه أن معتقة لقوم تزوّجها عبد وحصل له منها ولد فولاء الولد يكون لمولى أمه بلا خلاف، فإذا أعتق الأب انجر ولاؤه إلى موالي أبيه فإن لم يعتق الأب ولكنه أعتق الجد لم يجر الولاء إلى مواليه، وقال الإمام سراج الدين في شرحه لفرائضه الموسوم بالسراجي قال شريح وسفيان ومالك وأهل المدينة: أن الجدّ يجر ولاء ولد الابن من موالي أمه إلى موالي نفسه وبه قال الأوزاعي وابن أبي ليلى وابن المبارك، وقال زفر: إن كان الأب حياً فالجدّ لا يجر الولاء، وإن كان ميتاً يجر الولاء، وقال في الأسرار وشرح الأقطع قال الشافعي: الجد يجر الولاء لهم أن الولاء لحمة كلحمة النسب فيثبت من الجدّ لأنه أصل في باب النسب، ولنا أن الولاء فرع النسب وتابع له فلا يثبت النسب من الجدّ بدون ثبوته من الأب، ولهذا إذا ادّعى الجد ونفى الأب لم يلتفت إلى دعوته، وبدعوة الأب يثبت النسب منه ومن الجدّ

---

(١) أخرجه الترمذي في الزكاة (٦٥٧)، والنسائي في الزكاة (٢٦١٢)، وأبو داود في الزكاة (١٦٥٠).

كالعبد، وكذا إن كان للأب مولى موالاة لأن ولاء الموالاة ضعيف **لا يظهر في مقابلة ولاء العتاقة** فصار وجوده كعدمه وكذا حريتهم ضعيفة، ألا ترى أنها تحتمل الإبطال بالاسترقاق بخلاف العربي فإن له نسباً معتبراً وحرية ثابتة فامتنع به نسبة الولد إلى معتق الأم، وبخلاف ما إذا تزوّج العجمي عربية لأن أولاده منها لو نسبوا إلى قوم أمهم لنسبوا إليهم بالنسب والنسب بالنسبة إلى الأم ضعيف غير معتبر، ألا ترى أنهم لا ينسبون إليهم ولا عصوبة بينهم وأولاد المعتقة ينسبون إلى قوم أمهم وهم عصبتهم، ثم القدوري رحمه الله وضع الخلاف في معتقة العرب ووضعه هنا في مطلق المعتقة وهو الصواب، وما ذكره القدوري إتقاقي لأن ولاء العتاقة قوي معتبر شرعاً فلا يختلف بين أن يكون المعتق من العرب أو من غيرهم فيجب في الجميع نسبة أولاد المعتقة إلى المعتق ما لم يكن أبوهم عربياً على ما قالوا وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا مات هذا الولد وترك عمة أو غيرها من ذوي الأرحام ومعتق أمه أو عصبة معتقها كان المال لمعتق أمّه أو عصبته عندهما، وعند أبي يوسف رحمه الله يكون لذوي الأرحام لأن حكمه حكم أبيه فلا يكون عليه ولاء كما إذا كان الأب عربياً وأجمعوا على أنهما لو كانا معتقين أو كان الأب معتقاً والأمّ مولى موالاة، أو كان الأب عربياً والأمّ معتقة كان الولد تبعاً للأب، وكذا إذا كانا عربيين أو عجميين أو كان أحدهما عجمياً والآخر عربياً.

قال رحمه الله: (والمعتق مقدّم على ذوي الأرحام مؤخر عن العصبة النسبية) وكذا هو مقدّم على الردّ على ذوي السهام وهو آخر العصبات وهو قول علي رضي الله عنه وبه أخذ علماء الأمصار وكان ابن مسعود رضي الله عنه يقول: إنه مؤخر عن ذوي الأرحام لقوله تعالى: ﴿وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله﴾ [الأنفال: ٧٥] وقال عليه الصلاة والسلام للمعتق في معتقه: «وإن مات ولم يدع وارثاً كنت أنت عصبته»[١] شرط لإرثه أن لا يدع وارثاً وذوو الأرحام من جملة الورثة وكذا الردّ على ذوي الفروض يستحق بطريق الإرث فوجب تأخيره عن الكل وكذا قوله عليه الصلاة والسلام: «الولاء لحمة كلحمة النسب»[٢] يدل على ذلك لأنه شبهه به وما يشبه الشيء لا يزاحمه ولا يقدّم عليه بل يخلفه عند عدمه، ولنا ما روينا من حديث بنت حمزة أنه عليه الصلاة والسلام «جعل لها النصف الباقي بعد فرض بنت معتقها

تبعاً اهـ إتقاني. **قوله: (لا يظهر في مقابلة ولاء العتاقة)** ألا ترى أن مولى العتاقة مقدم على

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/١٥٣).

(٢) تقدم تخريجه.

حين مات عنها وعن بنت »[١] فهذا هو التعصيب حقيقة فعلم بذلك أن المراد بقوله عليه الصلاة والسلام: « ولم يدع وارثاً هو عصبة » ولفظة العصبة في قوله عليه الصلاة والسلام « كنت أنت عصبته » تدل عليه لأن العصبة هو الذي يأخذ ما أبقته الفرائض وعند الانفراد يجوز جميع المال، وولاء العتاقة تعصيب وهو لا يرث مع العصبية النسبية فكان مؤخراً فلا/ يرّد علينا ما ذكر من الإيراد من حيث المزاحمة للوارث [١٢٣ب/٣] على أنا لا نسلم أن التشبيه يوجب التأخير أو التقديم بل يثبت المماثلة بينهما ليس إلا فكان الأقرب أن يشاركه في الإرث، لأن المماثلة توجبه وإلا فليس بمثل له لكن أخرناه عن العصبة النسبية عملاً بقوله تعالى: ﴿ وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض ﴾ [الأنفال: ٧٥] فجعلناه مثله عند عدمه فيتقدم على من تتقدّم عليه العصبة ويتأخر عمن تتأخر عنه العصبة.

قال رحمه اللّه: (فإن مات المولى ثم المعتق فميراثه لأقرب عصبة المولى وليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن) لما روي أن النبي ﷺ قال: « ليس للنساء من الولاء شيء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن أو دبرّن أو دبر من دبرن أو جرّ ولاء معتقهن أو معتق معتقهن »[٢] **ولأن ثبوت صفة المالكية** والقوّة للمعتق حصل من جهتها فكانت محيية له فينسب المعتق بالولاء إليها وينسب إليها من ينسب إلى مولاها الذي أعتقته وينسب إليها من ينسب إلى معتق معتقها إلى ما لا يتناهى بخلاف النسب حيث لا ينسب إليها الأولاد وإنما تنسب إلى الأب لأنه المالك وصاحب الفراش، والمرأة مملوكة نكاحاً فلا تكون مالكة والنسب في النكاح بالفراش والملك وهي لا تساوي الرجل فيه وفي ولاء العتاقة ليس لنا إلا النسبة بسبب إثبات القوّة الحكمية للمعتق وهي تساوي الرجل فيه لما أنها تساويه في ملك المال فينسب إليها كما ينسب إلى الرجل ولهذا جعلت عصبة فيه كالرجل، ثم أثبت هنا الولاء للنساء فيما أعتقن لما ذكرنا من المنقول والمعقول ونفاه عنهن فيمن أعتقه غيرهن حتى لا يرثن

ذوي الأرحام ومولى الموالاة مؤخر عن ذوي الأرحام اهـ قوله: **(ولأن ثبوت صفة المالكية إلخ)** هذا دليل عقلي على أن ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن بيانه أن بالعتق تحصل القوّة، والمالكية في العبد من جهة معتقه فإذا كان المعتق هي المرأة ينسب من أعتقته المرأة، ومن أعتقه من أعتقته المرأة إليها بالولاء حيث يقال: معتق فلانة ومعتق

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/ ١٥٤).

الولاء ممن أعتقه مورثهن، لأن الولاء لا يجري فيه الإرث وإنما يثبت للعصبة بطريق الخلافة، والخلافة إنما تتحقق فيمن تتحقق منه النصرة والنصرة تتحقق من الذكور دون الإناث، ألا ترى أن النساء لا يدخلن في العاقلة ليتحملن الدية كما يتحمل الرجال لعدم النصرة منهنّ فإذا كان ثبوته بطريق الخلافة يقدّم الأقرب فالأقرب من عصبة المعتق فيقوم مقامه كالإرث حتى لو ترك أبا مولاه وابن مولاه **كان الولاء للابن،** ولو ترك جدّ مولاه وأخا مولاه **كان الولاء للجدّ** لأنه أقرب من العصوبة وفي الأوّل خلاف أبي يوسف رحمه اللّه فإنه يعطي للأب السدس والباقي للابن، وفي الثاني خلاف من يرى توريث الأخوة مع الجدّ والمسألة معروفة، وكذا الولاء لابن المعتقة دون أخيها وعقل جنايتها على أخيها لأنه من قوم أبيها وجناية معتقها كجنايتها فتكون عليهم، ورُوي أن علي بن أبي طالب والزبير بن العوّام رضي اللّه عنهما اختصما إلى عثمان رضي اللّه عنه في معتق صفية بنت عبد المطلب حين مات فقال عليّ: هو مولى عمتي فأنا أحق بإرثه لأني أعقل عنها وعنه، وقال الزبير: هو مولى أمي فأنا أرثها فكذا إرث معتقها فقضى عثمان رضي اللّه عنه بالولاء للزبير وبالعقل على عليّ رضي اللّه عنه، ولو ترك المعتق ابن مولاه وابن ابن مولاه كان الولاء للابن دون ابن الابن لما روي عن جماعة من الصحابة رضي اللّه عنهم منهم عمر وعليّ وابن مسعود أنهم قالوا: الولاء للكبر أي لأكبر أولاد المعتق والمراد أقربهم نسباً لا أكبرهم سناً، ولو مات المعتق ولم يترك إلا ابنة المعتق فلا شيء لبنت المعتق في ظاهر رواية أصحابنا ويوضع ماله في بيت المال، وبعض مشايخنا كانوا/ يفتون بدفع المال إليها لا بطريق [١٢٤/أ/٣] الإرث بل لأنها أقرب الناس إلى الميت فكانت أولى من بيت المال، ألا ترى أنها لو كانت ذكراً كانت تستحقه وليس في زماننا بيت مال، ولو دفع إلى السلطان أو إلى القاضي لا يصرفه إلى المستحق ظاهراً وعلى هذا ما فضل عن فرض أحد الزوجين يردّ عليه لأنه أقرب الناس إليه ولا يوضع في بيت المال، وكذا الابن والبنت من الرضاع يصرف إليهما إذا لم يكن هناك أقرب منهما ذكر هذه المسائل في النهاية، والذمّيون يتوارثون بالولاء كالمسلمين لأنه أحد أسباب الإرث واللّه أعلم.

معتق فلانة فإذا ثبت نسبتهما إلى المرأة بالولاء ورثتهما اهـ إتقاني. **قوله: (كان الولاء للابن)** ولا شيء للأب عند أبي حنيفة ومحمد لأن الابن أقرب العصبات والولاء بالعصوبة ولا يظهر عصوبة الأب مع الابن اهـ إتقاني. **قوله: (كان الولاء للجد)** أي عند أبي حنيفة لأنه لا يورث الأخوة والأخوات مع الجدّ وعندهما بينهما نصفين لأن الجدّ يقاسم الأخوة كأحدهم اهـ إتقاني. (فرع) قال في شرح الطحاوي: ولو مات وترك خمسة بني ابن المعتق وابن ابن المعتق من آخر فالميراث أسداساً لأنهم يرثون بالعصوبة وعصوبتهم بالسوية اهـ إتقاني.

(فصل) قال رحمه الله: (أسلم رجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه أو على يد غيره ووالاه صح وعقله على مولاه وإرثه له إن لم يكن له وارث وهو آخر ذوي الأرحام) **وقال مالك والشافعي** رحمهما الله: لا اعتبار بهذا الولاء أصلاً لقوله تعالى: ﴿وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله﴾ [الأنفال:٧٥] قيل: إنها نزلت ناسخة لقوله تعالى: ﴿والذين عاقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم﴾ [النساء:٣٣] ولقوله عليه والصلاة والسلام: «لا حلف في الإسلام»[١] **ولأن فيه إبطال حق بيت المال** ولهذا لا يصح في حق وارث آخر، **وقال ليث بن سعد**: من أسلم على يد رجل كان ولاؤه له لقوله عليه الصلاة والسلام **حين سئل** عن الرجل يسلم على يد الرجل «**هو أولى الناس بمحياه ومماته**»[٢] من غير فصل بين أن توجد منه موالاة أخرى

(قوله فصل في ولاء الموالاة) قال الإتقاني: أخر ذكر ولاء الموالاة عن ذكر ولاء العتاقة لأن ولاء العتاقة أقوى لثبوته بالإجماع، وفي ولاء الموالاة خلاف ولأن ولاء العتاقة لا يقبل الفسخ وولاء الموالاة يقبله اهـ قوله وولاء الموالاة يقبله قال الكاكي: فإن للمولى أن ينتقل عنه قبل العقل اهـ **قوله**: (**وقال مالك والشافعي إلخ**) وعند الشافعي ولاء الموالاة باطل، له أن سبب الإرث الفرض أو التعصيب وولاء الموالاة ليس هذا ولا ذاك فلا يجب به الإرث والعقل اهـ إتقاني. **قوله**: (**ولأن فيه إبطال حق بيت المال**) ولهذا لا يصح عنده الإيصاء بجميع المال إذا لم يكن له وارث أصلاً لئلا يلزم إبطال حق بيت المال وإنما يصح في الثلث اهـ إتقاني. **قوله**: (**وقال ليث بن سعد إلخ**) قال الكاكي وفي المبسوط: الإسلام على يده ليس بشرط لصحة العقد وإنما ذكره على سبيل العادة وكذا الإسلام على يده ليس بكاف لثبوت ولاء الموالاة عند أكثر أهل العلم إلا ما روي عن الروافض وأحمد في رواية وعن إبراهيم وإسحاق وعمر بن عبد العزيز وعمر بن الخطاب لما روى راشد بن سعد أنه عليه الصلاة والسلام قال: «من أسلم على يديه رجل فهو مولاه يرثه»[٣] وعن تميم الداري أنه قال يا رسول الله ما السنة في الرجل يسلم على يدي رجل من المسلمين فقال عليه الصلاة والسلام: «هو أولى الناس بمحياه ومماته» رواه أبو داود والترمذي وقال: لا أظنه متصلاً ولأنه أحياه بإخراجه من ظلمة الكفر لأن الكفار كالموتى في حق المسلمين فهو كما لو أحياه بالعتق، وعلى هذا زعمت الروافض أن الناس مولى على أولاده فإن السيف

---

(١) أخرجه البخاري في الحوالة (٢٢٩٤)، ومسلم في فضائل الصحابة (٢٥٢٩)، وأبو داود في الفرائض (٢٩٢٥).

(٢) أخرجه الترمذي في الفرائض (٢١١٢)، وأبو داود في الفرائض (٢٩١٨)، وابن ماجه في الفرائض (٢٧٥٢).

(٣) أخرج البيهقي بنحوه في سننه (١٠/٢٩٦).

أو لم توجد، وقال يحيى بن سعيد: إذا جاء رجل من أرض العدوّ فأسلم على يد رجل فإنّ ولاءه لمن والاه، ومن أسلم من أهل الذمة على يد رجل فولاؤه للمسلمين عامّة لأن الذمي سبق له عقد مع المسلمين وصار تبعاً لهم فلا يملك إبطاله كالمعتق، ولنا إطلاق ما تلونا والمراد بها عقد الموالاة نقلاً عن أئمة التفسير، **وما رواه ليث** محمول على ما إذا جدّدوا عقد الموالاة بعد الإسلام **توفيقاً** بينه وبين الآية وبين أقوال الصحابة رضي اللّه عنهم فإنه روي عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس رضي اللّه عنهم أجمعين مثل مذهبنا ولم يرو عن أحد غيرهم خلاف ذلك فكان إجماعاً، ولأنه إذا لم يكن له وارث كان له أن يضع ماله حيث شاء إذ ليس فيه إبطال حق أحد معين، وبيت المال ليس بوارث ولا مستحق وإنما يوضع فيه مال ضائع ليتصرف فيه الإمام إذا لم يمكن لصاحبه أن يتصرف فيه، لأنه نصب ناظراً للغيب فإذا تصرف فيه صاحبه كان تصرفه أولى من تصرف الإمام كما في حال حضرته وقولهم: أن الآية منسوخة بقوله تعالى: ﴿وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض﴾ [الأنفال: ٧٥] قلنا: الذي ورد أنها منسوخة في حق التقديم فإنهم كانوا يقدّمونه بالبعض على أولي الأرحام فنسخ ذلك

بيده وأكثر الناس أسلموا من هيبته وفي المبسوط وهذا باطل لأنه تعالى هو الذي أحياه بالإسلام، ومن عرض عليه الإسلام إنما هو نائب عن الشرع فيكون هو كغيره في حق اللّه تعالى وأين لهم هذا التحكم فإن علياً كان صغيراً حين أسلم كبار الصحابة بل أبو بكر وعمر كانا مقدّمين عليه في أمور القتال ولكن الروافض قوم بهت وبناء مذهبهم على الكذب وما رووا من الأحاديث ضعيف، وقد روي في حديث تميم الداري أسلم على يد رجل ووالاه اهـ **قوله:** **(حين سئل)** السائل تميم الداري اهـ **قوله:** **(هو أولى الناس بمحياه)** تزويجه وعقله اهـ **قوله:** **(ومماته)** الصلاة عليه وميراثه اهـ **قوله:** **(وما رواه ليث إلخ)** قال الإتقاني وقيل: حديث تميم الداري كان في ابتداء الإسلام ثم نسخ ذلك ولأن الناس كانوا يوالون على عهد الصحابة ولم يرو عن أحد منهم أنه أخذ الميراث بنفس الإسلام وصورة عقد الولاء ما قال في شرح الطحاوي وهو أن يقول: أنت مولاي جنايتي عليك وجنايتك عليّ وميراثي لك إن مت فإذا مات كان ميراثه للأعلى إن لم يكن له وارث ولا يرث الأسفل من الأعلى إلا إذا شرط ميراث الأعلى لنفسه، ومن أسلم على يد رجل فبنفس الإسلام لا ينعقد له الولاء وله أن يوالي من شاء وإن شاء والى مع الذي أسلم على يديه، وإن شاء والى مع غيره وله أن يتحوّل بولائه إلى غيره ما لم يعقل عنه فإذا عقل عنه فبعد ذلك ليس له أن يوالي غيره إلا إذا كان أبوه في دار الحرب فسبى فأعتقه مولاه يثبت ولاؤه من معتقه ويجر ولاء الولد إلى نفسه، واللقيط حرّ وجنايته على بيت المال وميراثه لبيت المال فإذا أدرك كان له أن يوالي مع من شاء إلا إذا عقل عنه بيت المال فليس له أن يوالي أحداً كذا في

التقديم وفي الآية إشارة إليه حيث قال: أولى ببعض وكونهم أولى منه لا يوجب سقوطه عند عدمهم، ألا ترى أن الأولوية موجودة في كثير من الورثة لا سيما في العصبة، ثم عند عدم من هو أولى لا يوجب سقوط الآخر وما تمسكوا به من قوله عليه الصلاة والسلام: «لا حلف في الإسلام» المراد به الحلف الذي كانوا يتعاقدون عليه في الجاهلية **من قولهم: هدمي هدمك** ودمي دمك ترثني وأرثك، فكان ذلك للتناصر على الحق والباطل ولتقديمه بالإرث على القريب، فخطر الإسلام التناصر على الباطل وأوجب التعاون على البرّ والتقوى وقدّم القريب عليه بالإرث ثم شرط صحة هذه الموالاة **أن يشترط الميراث والعقل،** لأن هذا العقد يقع على ذلك فلا بدّ من ذكره في العقد ولو شرط الإرث من الجانبين كان كذلك لأنه ممكن فيتوارثان بخلاف ولاء العتاقة/ حيث لا يرث إلا الأعلى، ومن شرطه أن يكون مجهول النسب [١٢٤ب/٣] **وأن لا يكون عليه ولاء عتاقة** ولا ولاء موالاة قد عقل عنه وأن يكون حرّاً عاقلاً بالغاً،

شرح الطحاوي اهـ **قوله: (توفيقاً إلخ)** فقد روي أن تميماً سأل النبي صلى اللّه عليه وسلم أن الرجل ليأتيني فيسلم على يدي ويواليني فقال: «هو أخوك ومولاك فأنت أحق بمحياه ومماته» اهـ مشكاة. **قوله: (ومن قولهم هدمي هدمك)** قال ابن الأثير: والهدم بالسكون وبالفتح أيضاً هو إهدار دَم القتيل، يقال: دماؤهم بينهم هدم أي مهدرة والمعنى إن طلب دمك فقد طلب دمي، وإن أهدر دمك فقد أهدر دمي لاستحكام الإلفة بيننا وهو قول معروف للعرب يقولون: دمي دمك وهدمي هدمك وذلك عند المعاهدة والنصرة اهـ **قوله: (أن يشترط الميراث والعقل)** أي بأن يقول: ترثني إذا مت وتعقل عني إذا جنيت اهـ وكتب ما نصه قال صاحب الهداية: ولا بدّ من شرط الإرث والعقل كما ذكر في الكتاب أشار به إلى ما ذكره القدوري في مختصره قبل هذا، وإذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه قال الحاكم الشهيد في مختصره الكافي قال إبراهيم النخعي: إذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه فإنه يرثه ويعقل عنه وله أن يتحوّل بولائه إلى غير ما لم يعقل عنه فإذا عقل عنه لم يكن له أن يتحوّل إلى غيره وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد هذا لفظ الحاكم بعينه، وهذا يدل على أن شرط الإرث والعقل ليس بموقوف عليه صحة الموالاة بل مجرد العقد كاف بأن يقول أحدهما: واليتك والآخر: قبلت لأن الحاكم لم يذكر الإرث والعقل شرطاً لصحة الموالاة بل جعلهما حكماً لها بعد صحتها فافهم، ويدل على ما قلنا قول القدوري أيضاً في مختصره بقوله: أو أسلم على يد غيره ووالاه يوضحه قول صاحب التحفة بقوله: وتفسير عقد الموالاة أن من أسلم على يدي رجل وقال له: أنت مولاي ترثني إذا مت وتعقل عني إذا جنيت، وقال الآخر: قبلت فينعقد بينهما عقد الموالاة، وكذلك إذا قال: واليتك وقال الآخر: قبلت، وكذا إذا عقد مع رجل غير الذي

وحكمه أن يثبت به الإرث إذا مات وأن يعقل عنه إذا جنى ويدخل فيه أولاده الصغار ومن يولد له بعد عقد الموالاة، ولو عقد مع الصغير أو مع العبد لا يجوز إلا بإذن الأب والمولى وعند بعضهم لا يشترط أن يكون مجهول النسب، ويشترط أن لا يكون الأسفل عربياً لأن تناصر العرب بالقبائل فأغنى عن الموالاة وكونه أسلم على يده ليس بشرط **لصحة هذا العقد**.

قال رحمه اللّه: (وله أن ينتقل عنه إلى غيره بمحضر من الآخر ما لم يعقل عنه) لأن العقد غير لازم كالوصية والوكالة فلكل واحد منهما أن ينفرد بفسخه بعلم صاحبه وإن كان الآخر غائباً لا يملك فسخه وإن كان غير لازم لأن العقد تمّ بهما كما في الشركة والمضاربة والوكالة ولا يعرى عن ضرر، لأنه ربما يموت الأسفل فيأخذ الأعلى ماله ميراثاً فيكون مضموناً عليه أو يعتق الأسفل عبيداً على حسبان أن عقل عبيده على المولى الأعلى فيجب عليه وحده فيتضرر بذلك فلا يصح الفسخ إلا بمحضر من الآخر، **بخلاف ما إذا عاقد الأسفل الموالاة** مع غيره بغير محضر من الأوّل

أسلم على يديه إلى هنا لفظ التحفة اهـ إتقاني. **قوله: (وأن لا يكون عليه ولاء عتاقة)** قال في التيسير: ومن شرط صحة هذا العقد أي عقد الموالاة أن لا يكون للأسفل نسب ولا يكون معتقاً ولا يكون عربياً لأن العرب لا يسترقون فلا يكون عليهم ولاء عتاقة فكذا ولاء الموالاة، وقال الإمام الإسبيجابي في شرح الطحاوي: ولا يرث الأسفل من الأعلى إلا إذا شرط ميراث الأعلى لنفسه يعني في ولاء الموالاة اهـ إتقاني. وكتب ما نصه ولا يصح بين العربيين ولا بين العربي والعجمي ولا من المسلم للكافر ويصح من الكافر للكافر اهـ حيدر، قوله: ولا بين العربي والعجمي أي إذا كان العربي الأسفل اهـ **قوله: (ويشترط أن لا يكون الأسفل عربياً)** قال الحاكم الشهيد في مختصره الكافي: ولو أسلم رجل من نصارى العرب على يدي رجل من غير قبيلته ووالاه لم يكن مولاه ولكنه ينسب إلى عشيرته وهم يعقلون عنه ويرثونه وكذلك المرأة إلى هنا لفظ الكافي. وذلك لأن الولاء إنما يثبت في حق العجمي الذي لا عشيرة له، فأما من له عشيرة فإنهم يقومون بمصالحه فلا حاجة إلى الولاء اهـ إتقاني. **قوله: (لصحة هذا العقد)** أي في الصحيح اهـ حيدر. ﴿فرع﴾ اعلم أن ولاء الموالاة يخالف ولاء العتاقة من ثلاثة وجوه: أحدها أن في الموالاة يتوارثان من الجانبين إذا اتفقا على ذلك بخلاف ولاء العتاقة والثاني: أن ولاء الموالاة يحتمل النقض بخلاف ولاء العتاقة والثالث: أن ولاء الموالاة مؤخر عن ذوي الأرحام وولاء العتاقة مقدّم على ذوي الأرحام اهـ **قوله: (بخلاف ما إذا عاقد الأسفل الموالاة إلخ)** قال الحاكم الشهيد في مختصره الكافي: رجل والى رجلاً فله أن يتحوّل عنه ما لم يعقل عنه وله أن ينقضه بحضرته، وكذا للرجل أن يتبرأ من ولائه أيضاً ما لم يعقل عنه فإذا نقض أحدهما الموالاة بغير محضر من

حيث يصح وينفسخ العقد الأوّل، لأنه فسخ حكمي فلا يشترط فيه العلم كما في الوكالة والمضاربة والشركة وإنما كان كذلك لأن الولاء كالنسب إذا ثبت من شخص ينافي ثبوته من غيره فينفسخ ضرورة، والمرأة في هذا كالرجل لأنها من أهل التصرف وقوله: ما لم يعقل عنه لأنه إذا عقل عنه ليس له أن يتحوّل إلى غيره لتأكده بتعلق حق الغير به ولحصول المقصود به ولاتصال القضاء به، ولأن ولاية التحوّل قبل أن يعقل عنه باعتبار أنه عقد تبرع من حيث إنه تبرع بالقيام بنصرته وعقل جنايته، فإذا عقل عنه صار كالعوض في الهبة وكذا لا يتحوّل ولده بعدما تحمل الجناية عن أبيه، وكذا إذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما أن يتحوّل إلى غيره لأنهما كشخص واحد في حكم الولاء.

قال رحمه اللّه: (وليس للمعتق أن يوالي أحداً) لأن ولاء العتاقة لازم لا يحتمل النقض لأن سببه لا يحتمل النقض بعد ثبوته وهو العتق فلا ينفسخ ولا ينعقد معه لأنه لا يفيد لأن الإرث بولاء العتاقة مقدم على الإرث بولاء الموالاة، ألا ترى أن شخصاً لو مات وترك مولى أعتقه ومولى موالاة كان المال للمعتق.

قال رحمه اللّه: (ولو والت امرأة فولدت تبعها فيه) يعني ولدت ولداً لا يعرف له أب وكذا لو أقرّت أنها مولاة فلان ومعها صغير لا يعرف له أب صح إقرارها على نفسها ويتبعها ولدها ويصيران مولى فلان وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه، وقالا: لا يتبعها ولدها في الصورتين لأن الأم لا ولاية لها في ماله فإن لا يكون لها في نفسه أولى، ولأبي حنيفة رحمه اللّه أن الولاء كالنسب وهو نفع محض في حق الصغير الذي لم يدر له أب فتملكه الأم كقبول الهبة، ولو أقر رجل أنه معتق فلان فكذبه المقرّ له في الولاء أصلاً أو قال: لا بل واليتني فأقر المقر لغيره بالولاء لا يصح عند أبي حنيفة رحمه اللّه، وعندهما يصح لأن إقراره بطل بتكذيب المقرّ له وصار كأن لم يوجد فكان له أن يتحوّل إلى غيره، وله أنه أقر بما لا يحتمل النقض فلا يبطل بردّ المقرّ له كمن شهد على رجل بنسب فردّت شهادته ثم ادّعى الشاهد أنه ولده لا يصح فكذا هذا واللّه أعلم بالصواب.

صاحبه لم ينتقض إلا أن يوالي الأسفل آخر فيكون ذلك نقضا وإن لم يحضر صاحبه إلى هنا لفظ الكافي، وقال في التحفة: فإذا عقل عنه لا يقدر أن يتحوّل بالولاء إلى غيره وصار العقد لازماً إلا إن اتفقا على النقض إلى هنا لفظ التحفة، وذلك لأن الولاء بمنزلة الوصي عندنا يلحقه الفسخ لأنه حق أوجبه بفعله متبرعاً من غير عوض فكان له أن يتحوّل بالولاء إلى غيره.

كتاب الإكراه

[١٢٥/أ ٣] قال رحمه الله: (هو فعل يفعله الإنسان بغيره / فيزول به الرضا) وقيل: الإكراه فعل يوجد من المكره فيحدث في المحل معنى يصير به مدفوعاً إلى الفعل الذي طلب منه وهذا في الشرع، وهو في اللغة حمل المكره على أمر يكرهه، يقال: أكرهته على كذا أي حملته عليه وهو كاره وشرطه أن يكون المكره قادراً على إيقاع ما هدّده به، وأن يغلب على ظن المكره أن يوقع به ذلك **إن لم يفعل**، وحكمه إذا حصل به إتلاف أن ينقل الفعل إلى المكره فيما يصلح أن يكون المكره آلة للمكره ويجعل كأنه فعله بنفسه على ما يجيء تفاصيله، والإكراه نوعان ملجئ وغير ملجئ، **فالملجئ هو الكامل** وهو أن يكرهه بما يخاف على نفسه أو على تلف عضو من أعضائه فإنه يعدم الرضا ويوجب الإلجاء ويفسد الاختيار وغير الملجئ: قاصر وهو أن يكرهه بما لا يخاف على نفسه ولا على تلف عضو من أعضائه كالإكراه بالضرب الشديد أو القيد أو الحبس فإنه يعدم الرضا ولا يوجب الإلجاء ولا يفسد الاختيار، وهذا النوع من الإكراه لا يؤثر إلا في تصرف يحتاج فيه إلى الرضا كالبيع والإجارة والإقرار، ألا ترى أن الهزل يؤثر فيه لعدم الرضا حتى لا ينفذ معه فكذا مع هذا الإكراه لأنه ينعدم به الرضا والأوّل يؤثر في الكل فيضاف فعله إلى المكره فيصير كأنه فعله والمكره آلة

كتاب الإكراه

قيل في مناسبة الوضع: إن الولاء لما كان من آثار العتق والعتق مما لا يؤثر فيه الإكراه ناسب ذكر الإكراه عقيب الولاء، ولأن في الإكراه تغير حال المخاطب من الحرمة إلى الحل، ألا ترى أن بالإكراه يحل مباشرة ما كان حراماً قبله في عامة المواضع فكذلك بالموالاة يتغير حال المولى الأعلى عن حرمة تناول مال المولى الأسفل إلى الحل اهـ إتقاني. **قوله: (فيحدث في المحل إلخ)** والمحل هو المكره بفتح الراء اهـ **قوله: (إن لم يفعل)** وأن يكون المكره به متلفاً أو مزمناً وأن يكون المكره ممتنعاً عما أكره عليه إما لحقه أو لحق آدمي آخر أو لحق الشرع اهـ كفاية. **قوله: (فالملجئ هو الكامل)** قال الإتقاني: ثم الإكراه وهو حمل الإنسان على ما يكرهه بحيث يزول معه الرضا على نوعين كما عرف في أصول الفقه كامل، ويسمى ملجأً وهو الذي يعدم الرضا ويفسد الاختيار وقاصر، ويسمى غير ملجئ وهو يعدم الرضا ولكن لا يفسد الاختيار، والملجئ كالتخويف بقتل النفس وقطع العضو والضرب

له فيما يصلح أن يكون آلة له كإتلاف النفس والمال، وإن لم يصلح أن يكون آلة له اقتصر الفعل على المكره فيكون كأنه فعله باختياره من غير إكراه أحد، وذلك مثل الإقرار والأكل لأن الإنسان لا يتكلم بلسان غيره ولا يأكل بفم غيره فلا يكون مضافاً إلى غير المتكلم والآكل إلا إذا كان فيه إتلاف فيضاف إليه من حيث الإتلاف لصلاحيته آلة له فيه حتى إذا أكرهه على العتق يقع كأنه أو قعه باختياره حتى يكون الولاء له ويضاف إلى المكره من حيث الإتلاف فيرجع عليه بقيمته، وكذا لو أكرهه على الطلاق يقع ويرجع عليه إن كان فيه إتلاف بأن كان قبل الدخول ولو أكره المرأة على قبول الطلاق بالمال فقبلت يقع الطلاق ولا يلزمها المال لعدم الرضا، لأن الرضا في حق المال شرط دون الطلاق، **ثم اعلم أن الإكراه لا ينافي أهلية المكره** ولا يوجب وضع الخطاب عنه بحال لأن المكره مبتلى والابتلاء يتحقق بالخطاب، والدليل عليه أن أفعاله متردّدة بين فرض وحظر وإباحة ورخصة ويأثم تارة ويؤجر أخرى كسائر أفعال المكلفين في حالة الاختيار يحرم عليه قتل النفس وقطع طرف الغير والزنا ويفترض عليه أن يمتنع من ذلك، ويثاب عليه إن امتنع ويباح له بالإكراه أكل الميتة وشرب الخمر ويرخص له به إجراء كلمة الكفر في تلك الحالة وإتلاف مال الغير وإفساد الصوم والجناية على الإحرام وهذا دليل على أنه مخاطب.

قال رحمه اللّه: (وشرطه قدرة المكره على تحقيق ما هدّد به سلطاناً كان أو لصاً وخوف المكره وقوع ما هدّد به) لأن الإكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته وذلك لا يتحقق إلا من القادر عند خوف المكره تحقيق ذلك، لأنه بالتهديد من القادر والخوف منه على نفسه يصير ملجأ طبعاً وبدونهما لا يصير ملجأ فلا يثبت به حكمه، وما روي عن أبي حنيفة رحمه اللّه من أن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان فذلك محمول على ما شاهد في زمانه من أن القدرة والمنعة لم تكن في ذلك العصر إلا للسلطان فأجاب على ما شاهد وفي زمانهما كان لكل مفسد متلصص قدرة على ذلك **لفساد الزمان** فافتيا على ما شاهدا وبه يفتى إذ ليس فيه اختلاف يظهر في حق الحجة.

قال رحمه اللّه: (فلو أكره على بيع أو شراء **أو إقرار**/ أو إجارة بقتل أو ضرب [١٢٥ب/٣]

المبرح المتوالي الذي يخاف منه التلف، وغير الملجئ كالتخويف بالحبس والقيد والضرب اليسير اهـ **قوله: (ثم اعلم أن الإكراه)** أي على أيّ طريق وجد اهـ إتقاني. **قوله: (لا ينافي أهلية المكره)** أي لأنها بالذمة والعقل والبلوغ اهـ إتقاني. **قوله: (لفساد الزمان)** فلو كان أبو حنيفة في زمنهما لأفتى بقولهما اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (أو إقرار)** قال محمد في الأصل: وإن

شديد أو حبس مديد خُيّر بين أن يمضي البيع أو يفسخ) لأن الإكراه الملجئ وغير الملجئ يعدمان الرضا والرضا شرط لصحة هذه العقود قال اللّه تعالى: ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم﴾ [النساء: ٢٩] فتفسد عند فوات الرضا بخلاف ما إذا أكره بحبس يوم أو قيد يوم أو ضرب سوط لأنه لا يبالي بمثله عادة فلا يعدم الرضا، وهو شرط لثبوت حكم الإكراه إلا إذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يتضرر بذلك فيكون مكرهاً بمثله لأن ضرره أشدّ من ضرر الضرب الشديد فيفوت به الرضا، وكذا الإقرار جعل حجة حالة الاختيار لترجح جانب الصدق على جانب الكذب وعند الإكراه يترجح جانب الكذب على جانب الصدق لدفع الضرر عن نفسه، وقدر ما يكون من الحبس إكراهاً ما يجيء به الاغتمام البين ومن الضرب ما يجد منه الألم الشديد، وليس في ذلك حدّ لا يزاد عليه ولا ينقص منه لأن نصب المقادير بالرأي ممتنع بل يكون ذلك مفوّضاً إلى رأي الإمام لأنه يختلف باختلاف أحوال الناس، فمنهم من لا يتضرر إلا بضرب شديد وحبس مديد، ومنهم من يتضرر بأدنى شيء كالشرفاء والرؤساء يتضررون بضربة سوط أو بعرك إذنه لا سيما في ملاء من الناس أو بحضرة السلطان فيثبت في حقه الإكراه بمثله لأن فيه هواناً وذلاً أعظم من الألم، والإكراه بحبس الوالدين أو الأولاد لا يعدّ إكراهاً لأنه ليس بملجئ ولا يعدم الرضا بخلاف حبس نفسه.

قالوا له: لنقتلنك أو لتقرّن لهذا الرجل بألف درهم فأقر له بخمسمائة درهم فالإقرار باطل ذلك لأنه إقرار مكره لأنه أقر ببعض ما أكره عليه لأن الإكراه على الألف إكراه على كل جزء من أجزائها، وقال في الأصل أيضاً: وإن أكرهوه على أن يقرّ بألف درهم فاقر له بألفي درهم لزمه ألف درهم وبطلت عنه ألف، وذلك لأنه في الألف مكره وفي الألف الأخرى طائع فيصح إقرار الطائع لا المكره، قال بعض مشايخنا: ما ذكره محمد قولهما كما إذا شهد شاهدان أحدهما بألف والآخر بألفين فإنه تقبل الشهادة على ألف عندهما خلافاً لأبي حنيفة، فأما على قول أبي حنيفة يصح إقراره بألفي درهم لأنه لم يقر بما أكره عليه وإنما أقر بشيء آخر إلا أن يكون الإكراه بألف من كيس فاقر بألفين في ذلك الكيس كذا ذكر خواهر زاده في مبسوطه وقيل: بل هذا الجواب قولهم جميعاً لأن محمداً لم يذكر فيه الخلاف. وجه الفرق على هذا بين هذه المسألة وبين مسألة الشهادة لأبي حنيفة أن المعتبر عند أبي حنيفة في الشهادة اتفاق الشهود في اللفظ الذي لا يوجب اختلاف المعنى والألف غير الألفين في اللفظ وليس كذلك الإكراه، لأن المعتبر فيه الموافقة في المعنى دون اللفظ لأن غرض المكره أن يتخلص ويفعل على إرادة المكره وقد اتفقا في الألف في المعنى وإن اختلفا في اللفظ، وقال محمد في الأصل: وإن أقر بمائة دينار فإنه يكون جائزاً لأنه إقرار طائع فإنه لم يأت بما أكره عليه ولا ببعض منه، بل أتى بجنس آخر لأن الدراهم والدنانير

قال رحمه الله: (**ويثبت به الملك** عند القبض للفساد) أي يثبت بالبيع أو بالشراء مكرهاً الملك للمشتري لكونه فاسداً كسائر البياعات الفاسدة، **وقال زفر رحمه الله: لا يثبت به الملك** لأنه بيع موقوف وليس بفاسد ألا ترى أنه لو أجاز بعد زوال الإكراه جاز، ولو كان فاسداً لما جاز لأن الفاسد لا يجوز بالإجازة ولا يرتفع الفساد به، والموقوف قبل الإجازة لا يفيد الملك بالقبض كما لو باع بشرط الخيار وسلمه إلى المشترى فإنه لا يملك بالقبض، ولنا أن ركن البيع وهو الإيجاب والقبول **صدر من أهله مضافاً إلى محله** والفساد لعدم شرطه **وهو التراضي** وفوات الشرط تأثيره في فساد العقد كالمساواة في الأموال الربوية فإنها شرط فيها لجواز البيع وفواتها يوجب الفساد لا التوقف بخلاف البيع بشرط الخيار، فإن شرط الخيار يجعل العقد في حق حكمه

جنسان مختلفان حقيقة اهـ إتقاني. **قوله في المتن:** (**ويثبت به الملك إلخ**) إذا باع مكرهاً وسلم مكرهاً يثبت به الملك عندنا اهـ **قوله:** (**وقال زفر: لا يثبت به الملك**) قال الإتقاني قال علاء الدين العالم في طريقة الخلاف: وأجمعوا على أنه لو سلم طائعاً أو أجاز طائعاً يثبت الملك، وقال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده في مبسوطه: وهبة المكره بعد القبض تفيد الملك عندنا بالضمان وعند زفر لا تفيد الملك، وعلى هذا الخلاف إذا أكره على البيع والتسليم فباع وسلم ملكه المشتري عندنا ملكاً فاسداً، وقال زفر: لا يملكه إلا أن يجيزه المكره بعد ذلك اهـ **قوله:** (**صدر من أهله**) أي وهو العاقل البالغ اهـ **قوله:** (**مضافاً إلى محله**) أي وهو المال المتقوّم اهـ قال الإتقاني: إلا أن الرضا شرط زائد ولا يخل بالركن انعدام شرط التصرف ولا يعدم الحكم أيضاً ولكن يثبت وصف الفساد وكان الفساد ثابتاً ما بقي حق العبد فإذا رضي به ارتفع الفساد اهـ (فرع) فإن قيل: لو كان بيع المكره كالبيع الفاسد لم يعد جائزاً أبداً بالإجازة، كما لو باع درهماً بدرهمين أو بألف ورطل من خمر، ولو كان جائزاً كان ينبغي لإعادته جائزاً وقت معلوم كما في البيع إلى الحصاد والدياس على مذهبكم، وهنا في أي وقت أجازه المكره يعود جائزاً على مذهبكم فصار كبيع الفضولي لا كالبيع الفاسد قلت: إن بيع المكره له شبه بالبيع الموقوف وشبه بالبيع الفاسد، أما الأول فلأنه لم يوجد رضا المالك وقد خلا عن الشروط الفاسدة بخلاف البيع الفاسد فإن فيه شرط ما يفسده وأما الثاني فلأنه صدر من المالك ولكن فات رضاه بخلاف بيع الفضولي فإنه لم يوجد من المالك فإذا كان له شبهان وفرنا على الشبهين حظهما فباعتبار الشبه الأول عاد جائزاً بالإجازة في أي وقت كان كبيع الفضولي، وباعتبار الشبه الثاني أفاد الملك إذا اتصل به القبض كالبيع الفاسد ولم نعكس لأنا متى أظهرنا شبه العقد الموقوف في حق الملك ولم نوجب الملك بعد التسليم لا يبقى لشبه البيع الفاسد عمل في حكم ما فيبطل العمل بالشبهين اهـ إتقاني. **قوله:** (**وهو التراضي**) بقوله تعالى: ﴿إلا أن تكون تجارة عن

كالمتعلق بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبل وجود الشرط، أو نقول: لما وجد أصل البيع في محله لم ينعدم ذلك بالإكراه فكان ينبغي أن ينفذ كالطلاق إلا أن الشرع شرط للحل شرطاً زائداً وهو التراضي ونهانا عن التجارة بدونه فكان النهي بهذا المعنى في غير ما يتم به المنهي عنه فلا يصير به البيع غير مشروع كما نهانا عن بيع الحنطة بالحنطة إلا بشرط المماثلة وإنه قدر زائد على ما يتم به البيع فكان النهي بهذا المعنى في حق غير المنهي عنه فلم يصر المنهي عنه غير مشروع بل وقع فاسداً لعدم شرط الجواز الزائد شرعاً فكذا هنا، فلم يبق الفرق بين هذا النهي وبين النهي عن بيع الربا إلا أن ما تتعلق به الحرمة هناك اتصل بالمبيع وصفاً وفي مسألتنا اتصل بالعاقد وهكذا في البيوع الفاسدة كلها يتعلق النهي بالوصف فيكون مشروعاً بأصله غير مشروع بوصفه فيفيد الملك بالقبض فكذا هذا حتى لو قبضه وتصرف فيه تصرفاً لا يمكن نقضه كالإعتاق والتدبير **جاز تصرفه فيه**، وإنما جاز بالإجازة لأن المفسد يرتفع بها وهو عدم التراضي فصار كسائر البياعات الفاسدة **إلا أنه لا ينقطع به حق استرداد المبيع، وإن تداولته الأيدي** بخلاف سائر البياعات الفاسدة لأن الفساد فيها لحق الله تعالى وقد تعلق/ بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدّم لحاجته بإذنه، أما هنا الردّ لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الأوّل لحق الثاني، **ومن مشايخ بخارى من جعل بيع** [١٢٦/١ ٣]

تراض منكم﴾ [النساء: ٢٩] اهـ **قوله**: (**جاز تصرفه فيه**) أي وتلزمه القيمة اهـ إتقاني. **قوله**: (**إلا أنه لا ينقطع به حق استرداد المبيع**) استثناء من قوله كما في سائر البياعات الفاسدة ذكره للفرق بين الإكراه والبيع الفاسد يعني أن في صورة الإكراه للمكره حق الفسخ بجميع تصرفات المشتري، وإن تداولته الأيدي إذا كان التصرف مما يحتمل الفسخ، وفي صورة البيع الفاسد ليس للبائع أن ينقض تصرف المشتري إلا الإجارة فإنه ينقضها وقد مر البيان اهـ إتقاني. **قوله**: (**وإن تداولته الأيدي**) قال الإتقاني: ولو أن المشتري من المكره باعه من آخر ثم باعه المشتري الثاني من آخر حتى تداولته الأيدي فله أن يفسخ العقود كلها وأيّ عقد أجازه جازت العقود كلها، لأن العقود كلها كانت نافذة إلا أنه كان له حق الفسخ لعدم الرضا فلما أقدم على إجازة بعضها نفذت وزال الإكراه فجاز العقد الأول فجازت العقود كلها، وهذا بخلاف الغصب وهو أن الغاصب إذا باع والمشترى باع من آخر حتى تداولت الأيدي فالمغصوب منه أيّ عقد أجازة جاز ذلك العقد خاصة، ولو ضمن أحدهم جازت العقود التي بعده دون ما كان قبله لأن العقود كلها غير نافذة فتوقفت العقود كلها على إجازته، فإذا أجاز شيئاً من ذلك جاز خاصة، فإن لم يجز ولكن ضمن جازت العقود كلها التي كانت بعده لأن في التضمين تملكياً فيستند الضمان إلى وقت الجناية فيملكه من ذلك الوقت فتجوز العقود التي كانت بعده كذا في شرح الطحاوي اهـ **قوله**: (**ومن**

الوفاء كبيع المكره، منهم الإمام ظهير الدين والصدر الشهيد حسام الدين **والصدر السعيد تاج الإسلام،** وصورته أن يقول البائع للمشتري: بعت منك هذا العين بدين لك عليّ على أني متى قضيت الدين فهو لي فجعلوه فاسداً باعتبار شرط الفسخ عند القدرة على إيفاء الدين يفيد الملك عند اتصال القبض به، وينقض بيع المشتري كبيع المكره لأن الفساد باعتبار عدم الرضا فكان حكمه حكم بيع المكره في جميع ما ذكرنا، ومنهم من جعله رهناً، منهم السيد الإمام أبو شجاع والإمام علي السغدي والإمام القاضي الحسن الماتريدي قالوا: لما شرط عليه أخذه عند قضاء الدين أتى بمعنى الرهن لأنه هو الذي يؤخذ عند قضاء الدين والعبرة في العقود للمعاني دون الألفاظ حتى جعلت الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة وبالعكس كفالة والاستصناع عند ضرب الأجل سلماً، فإذا كان رهناً لا يملكه ولا ينتفع به وأي شيء أكل من زوائده يضمن ويسترده عند قضاء الدين، ولو استأجره البائع لا يلزمه أجرته كالراهن إذا استأجر المرهون وانتفع به ويسقط الدين بهلاكه فيثبت فيه جميع أحكام الرهن، ومن مشايخ سمرقند من جعله بيعاً جائزاً مفيداً بعض أحكامه، منهم الإمام نجم الدين النسفي فقال: اتفق مشايخنا في هذا الزمان فجعلوه بيعاً جائزاً مفيداً بعض أحكامه وهو الانتفاع به دون البعض **وهو البيع** لحاجة الناس إليه ولتعاملهم فيه، والقواعد قد تترك بالتعامل وجوّز الاستصناع لذلك، وقال صاحب النهاية: وعليه الفتوى، ومن المشايخ من جعله باطلاً اعتبره بالهازل، وقال في الكافي: والصحيح أن العقد الذي جرى بينهما إن كان بلفظ البيع لا يكون رهناً ثم ينظر إن ذكرا شرط الفسخ في البيع فسد البيع وإن لم يذكرا ذلك في البيع وتلفظا بلفظ البيع بشرط الوفاء أو تلفظا بالبيع الجائز وعندهما هذا البيع عبارة عن بيع غير لازم فكذلك، وإن ذكرا البيع من غير شرط ثم ذكرا الشرط على الوجه المعتاد جاز البيع ويلزمه الوفاء بالميعاد لأن المواعيد قد تكون لازمة، قال عليه الصلاة والسلام: «العدة دين»[1] فيجعل هذا الميعاد لازماً لحاجة الناس إليه، وقال جلال الدين في حواشي الهداية:

مشايخ بخارى من جعل بيع الوفاء كبيع المكره) أي فكان للبائع حق نقض بيع المشتري وهبته لأنه بيع بشرط فاسد اهـ غاية. **قوله: (منهم الإمام ظهير الدين)** أي المرغيناني وظهير الدين إسحاق الولوالجي اهـ غاية. **قوله: (والصدر السعيد تاج الإسلام)** أي أحمد بن عبد العزيز اهـ **قوله: (وهو البيع)** أي والهبة من آخر وهو المعتاد عندهم لحاجة الناس إلى ذلك لأنهم في

---

(١) أخرجه الطبراني في الأوسط رقم (١٥١٣)، والهيثمي في مجمع الزوائد وقال فيه حمزة بن داود ضعفه الدارقطني (٤/١٦٦).

صورته أن يقول البائع للمشتري: بعت منك هذا العين بألف على أني لو دفعت إليك ثمنك تدفع العين إليّ، ثم قال: ويسمى هذا بيع الوفاء ويمكن أن يكون هذا الآخر على الاختلاف الذي مضى ذكره وتفسيره به دليل على أنه مثل الأوّل، **وهذا البيع موجود في المصر** متعامل به وهم يسمونه بيع الأمانة.

قال رحمه الله: (وقبض الثمن طوعاً إجازة كالتسليم طائعاً) أي لو أكره على البيع وقبض الثمن طوعاً كان إجازة كما إذا سلم المبيع طائعاً لأن القبض أو التسليم طائعاً دليل الرضا وهو الشرط، بخلاف ما إذا أكره على الهبة دون التسليم وسلم حيث لا يكون إجازة وإن سلم طوعاً لأن مقصود المكره ما يتعلق به الاستحقاق لا صورة العقد، والاستحقاق في البيع يتعلق بنفس البيع فلم يكن الإكراه به إكراهاً بالتسليم فيكون التسليم أو القبض عن اختيار دليل الإجازة وفي الهبة يقع الاستحقاق بالقبض لا بمجرّد الهبة فيكون الإكراه عليها إكراهاً بالتسليم نظراً إلى مقصود المكره وهو حمله على شيء يتعلق به الاستحقاق وإزالة الملك ليتضرر به المكره، ويعتبر ذلك في أصل/ الوضع لأن البيع وضع لإفادة الملك في الأصل، وإن كان في الإكراه لا [١٢٦ب/٣] يفيده لكونه فاسداً والهبة لا تفيد الملك قبل القبض بأصل الوضع وتفيده بعده سواء كانت صحيحة أو فاسدة فينصرف الإكراه في كل واحد منهما إلى ما يستحق به منه في أصل وضعه، وإن قبضه مكرهاً فليس ذلك بإجازة وعليه ردّ الثمن إن كان قائماً في يده لفساد العقد بالإكراه، وإن كان هالكاً لا يأخذ منه شيئاً لأن الثمن كان أمانة في يد المكره لأنه أخذه بإذن المشتري **لا على سبيل التملك** فلا يجب عليه الضمان.

قال رحمه الله: (وإن هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره والبائع مكره ضمن قيمته للبائع) لأنه قبضه بحكم عقد فاسد فكان مضموناً عليه بالقيمة.

قال رحمه الله: (وللمكره أن يضمن المكره) لأنه آلة له فيما يرجع إلى الإتلاف وإن لم يكن آلة له في حق التكلم لعدم الصلاحية لأن التكلم بلسان الغير لا

عرفهم لا يفهمون لزوم البيع بهذا الوجه بل يجوّزونه إلى أن يردّ البائع الثمن إلى المشتري ويفي المشتري بردّ المبيع إلى البائع أيضاً، ولا يمتنع عن الردّ فلهذا سموه بيع الوفاء لأنه وفّى بما عهد من ردّ المبيع والأصح عندي أنه بيع فاسد يوجب الملك بعد القبض، وحكمه حكم سائر البياعات الفاسدة لأنه بيع بشرط لا يقتضيه العقد، وقد نهى النبي ﷺ «عن بيع وشرط»(١) اهـ إتقاني. **قوله**: **(وهذا البيع موجود في مصر)** الذي بخط الشارح المصر اهـ **قوله**: **(لا على سبيل التملك)** أي لأنه كان مكرهاً على قبضه فكان أمانة اهـ

---

(١) تقدم تخريجه.

يمكن فصار كأنه دفع مال البائع إلى المشتري فيضمن أيهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب، لأن المكره كالغاصب والمشتري كغاصب الغاصب فإن ضمن المكره رجع المكره على المشتري بالقيمة لأنه بأداء الضمان ملكه فقام مقام المالك المكره فيكون مالكاً له من وقت وجود السبب بالاستناد، ولو ضمن المشتري ثبت ملك المشتري فيه ولا يرجع على المكره كما لا يرجع غاصب الغاصب على الغاصب إذا ضمن، ولأنه ملكه بالشراء والقبض لأنه اشتراه وهو مبيع حقيقة من كل وجه غير أنه توقف نفوذه على سقوط حق المكره في الفسخ، فإذا ضمنه قيمته نفذ ملكه فيه كسائر البياعات الفاسدة، ولو كان المشتري باعه من آخر وباع الآخر من آخر حتى تداولته البياعات نفذ الكل بتضمين الأوّل، وله أن يضمن من شاء من المشترين فأيهم ضمنه ملكه وجازت البياعات التي بعده وبطل ما قبله، بخلاف ما إذا أجاز المكره أحد هذه البياعات حيث يجوز الكل ما قبله وما بعده ويأخذ هو الثمن من المشتري الأوّل لأن البيع كان موجوداً، والمانع من النفوذ حقه وقد زال المانع بالإجارة فجاز الكل كالراهن، أو الآجر إذا باع الرهن أو العين المستأجرة فإنه يتوقف لأجل حق المرتهن والمستأجر فإذا أجاز نفذ البيع من جهة المباشر والمجيز يكون مسقطاً حقه لا أن يكون مملكاً بإجازته، وأما إذا ضمنه فإنه لم يسقط حقه لأن أخذ القيمة كاسترداد العين فتبطل البياعات التي قبله ولا يكون أخذ الثمن استرداداً للمبيع بل إجازة فافترقا، وبخلاف ما إذا أجاز المالك أحد بيوع من باعه الفضولي حيث لا يجوز إلا الذي أجازه المالك ولا يجوز ما قبله ولا ما بعده لأن كل واحد منهم باع ملك غيره **فلا يفيد الملك** للمشتري منه، فعند الإجازة يملك من أجيز شرؤاه وتبطل البقية لورود ملك بات على ملك موقوف.

قال رحمه الله: (**وعلى أكل لحم خنزير** وميتة ودم وشرب خمر بضرب أو قيد لم

قوله: (فلا يفيد الملك إلخ) وأما إذا أجاز المغصوب منه بيعاً من تلك البيوع فإنه ينفذ ما أجازه خاصة لأن الغصب لا يزيل ملكه فكل بيع من هذه البيوع يوقف على إجازته لمصادفته ملكه فيكون إجازته أحد البيوع تملكياً للعين من المشتري بحكم ذلك البيع ولا ينفذ ما سواه اهـ نهاية. **قوله في المتن: (وعلى أكل لحم خنزير إلخ)** قال في الأصل: لو أن قوماً من اللصوص من المسلمين غير المتأوّلين أو من لصوص أهل الذمة اجتمعوا فغلبوا على مصر من أمصار المسلمين وأمّروا عليهم أميراً فأخذوا رجلاً وقالوا له: لنقتلنك أو لتشربن هذه الخمر أو لتأكلن هذه الميتة أو لتأكلن لحم هذا الخنزير كان في سعة من تناوله بل يفترض عليه التناول إذا كان في غالب رأيه أنه متى لم يتناول ذلك قتل وذلك لقوله تعالى في سورة البقرة: ﴿إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير

يحل وحل بقتل وقطع) أي لو أكره على هذه الأشياء بما لا يخاف على نفسه أو على عضوه كالضرب لا يسعه أن يقدم عليه وبما يخاف يسعه ذلك لأن حرمة هذه الأشياء مقيدة بحالة الاختيار، وفي حالة الضرورة مبقاة على أصل الحل بقوله تعالى إلا ما اضطررتم إليه فإنه استثنى حالة الضرورة، والإضطرار والاستثناء يكون عبارة عما وراء المستثنى لأنه تكلم بالحاصل بعد الثنيا / فظهر أن التحريم مخصوص بحالة الاختيار [١٢٧/أ/٣] وفي حالة الاضطرار مباح، والاضطرار يحصل بالإكراه الملجئ وهو أن يخاف على نفسه أو على عضو من أعضائه كما في حالة المخمصة، ولا يحصل ذلك بضرب السوط ولا بالحبس حتى لو خاف ذلك منه وغلب على ظنه يباح له ذلك، وقدّره بعضهم بأدنى الحدّ وهو أربعون سوطاً فإن هدّده به وسعه وإن هدّده بأقل من ذلك لا يسعه لأن ما دون ذلك مشروع بطريق التعزير وهو يقام على وجه يكون زاجراً لا متلفاً بخلاف الحد فإن فيه ما يكون متلفاً قلنا: لا وجه للتقدير بالرأي وأحوال الناس

الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم﴾ [البقرة: ١٧٣] وقال في سورة المائدة: ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم وما ذبح على النصب وأن تستقسموا بالأزلام﴾ إلى أن قال ﴿فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم﴾ [المائدة:٣] وقال في سورة الأنعام: ﴿وما لكم أن لا تأكلوا مما ذكر اسم الله عليه وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه﴾ وقال في الأنعام: ﴿قل لا أجد فيما أوحي إليّ محرّماً على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحاً أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقاً أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإن ربك غفور رحيم﴾ [الأنعام:١٤٥] وقال في سورة النحل: ﴿إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإن الله غفور رحيم﴾ [النحل:١١٥] وجه الاستدلال أن الله تعالى استثنى حالة الضرورة والمستثنى يكون حكمه أبداً على خلاف حكم المستثنى منه لا محالة فيحل المستثنى ولم يفصل بين أن تكون الضرورة بسبب المخمصة أو الإكراه فتناول النص بإطلاقه النوعين جميعاً اهـ إتقاني.

(فرع) ثم جنس هذه المسائل على ثلاثة أوجه في وجه العزيمة فيه الإقدام على ما أكره عليه ولو امتنع حتى قتل يأثم وهي شرب الخمر وتناول الميتة وما يجرى مجراه، وفي وجه يرخص الإقدام عليه مع أن العزيمة هو الامتناع وهو إجراء كلمة الكفر وسب النبي عليه الصلاة والسلام وما هو كفر أو استخفاف بالدين حتى لو أقدم عليه وهو مكره لا يؤاخذ به ولو صبر حتى قتل يكون مأجوراً، وفي وجه العزيمة هو الامتناع عنه ولا يرخص في الإقدام عليه بحال وهي قتل نفس معصوم محترم أو قطع عضو منه والزنا لا يحل له أن يقدم عليه

مختلفة فمنهم من يحتمل الضرب الشديد، ومنهم من يموت بالأدنى منه فلا طريق سوى الرجوع إلى رأي المبتلى به فإن غلب على ظنه أن تلف النفس أو العضو يحصل بذلك وسعه وإلا فلا.

قال رحمه اللّه: (وأثم بصبره) أي إذا امتنع من الأكل **وصبر حتى أتلف أثم** لأنها في هذه الحالة مباحة على ما قلنا، وإهلاك النفس أو العضو بالامتناع عن المباح حرام فيأثم إلا أنه إذا لم يعلم الإباحة في هذه الحالة لا يأثم لأنه موضع الخفاء، وقد دخله اختلاف العلماء وقصد في زعمه الاحتراز عن المعصية فكان معذوراً فلا يأثم، كالجهل بالخطاب في أوّل الإسلام أو في دار الحرب في حق من أسلم فيها، وعن أبي يوسف رحمه اللّه أنه لا يأثم مطلقاً لأنه رخصة إذ الحرمة قائمة فيكون أخذاً بالعزيمة، قلنا: حالة الاضطرار مستثناة بالنص على ما بينا فلا يكون حراماً في تلك الحالة فلا يكون الامتناع عزيمة بل معصية وهذا لما عرف أن الرخصة استباحة المحظور مع قيام الدليل المحرّم، والحرمة أي يعامل معاملة المباح لا أن يكون مباحاً حقيقة، ولهذا قيل: إن الجناية في الرخصة موجودة، وإنما انتفت العقوبة فقط كالعفو بعد الجناية فإنه لا يعدم الجناية وإنما يسقط المؤاخذة فقط، وعلى هذا الخلاف لو صبر في حالة المخمصة.

قال رحمه اللّه: (وعلى الكفر وإتلاف مال مسلم بقتل وقطع لا بغيرهما يرخص) أي لو أكره على كلمة الكفر أو إتلاف مال إنسان بشيء يخاف على نفسه أو على أعضائه كالقتل وقطع الأطراف يرخص له إجراء كلمة الكفر على لسانه وقلبه مطمئن بالإيمان لقوله تعالى: ﴿إلا من أكره وقلبه مطمئناً بالإيمان﴾ [النحل: ١٠٦] ولحديث عمار بن ياسر حين ابتلي به أنه ﷺ قال له: «كيف وجدت قلبك، قال: مطمئناً بالإيمان قال: فإن عادوا فعد»[١] أي فعد إلى الطمأنينة وفيه نزلت الآية، ولأن بهذا الإظهار لا تفوت حقيقة الإيمان لأن التلفظ به في هذه الحالة لا يدل على تبدّل الاعتقاد لقيام التصديق به حقيقة فلا يكون مفوّتاً حق اللّه تعالى في المعنى فيرخص له إحياء لنفسه أو طرفه لأن حرمة العضو كحرمة النفس، ألا ترى أن المضطر لا يرخص له قتل النفس ليأكل منه ولا قطع عضوه، وكذلك كل ما ثبتت حرمته

بحال اهـ إتقاني. **قوله: (وصبر حتى أتلف أثم)** إلا إذا كان الرجل جاهلاً بالإباحة حالة الضرورة فلم يتناول حتى قتل قال محمد: رجوت أن يكون في سعة لأن في انكشاف الحرمة عند الضرورة خفاء فعذر بالجهل حيث قصد التحرز عن مباشرة الحرام اهـ إتقاني

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/ ١٥٨).

يرخص له عند الإكراه الكامل وهو الملجئ وذلك مثل إتلاف مال الغير وإفساد الصوم والصلاة والجناية على الإحرام لأن حرمة الكفر لا تحتمل السقوط فلا تتصوّر الإباحة فيه أصلاً، وغيره وإن احتمله عقلاً لكن لم يوجد سمعاً فالتحق بما لا يحتمل السقوط فيثبت بالإكراه الملجئ رخصة لا إباحة مطلقة ولا تثبت بغير الملجئ كالضرب والحبس لأنه ليس بملجئ، ولهذا لا يكون إكراهاً في شرب / الخمر فكيف [١٢٧ ب/٣] يكون إكراهاً في الكفر وهو أعظم.

قال رحمه اللّه: (ويثاب بالصبر) أي يكون مأجوراً إن صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل **لأن خبيباً** صبر على ذلك حتى صلب وسماه النبي ﷺ سيد الشهداء[١]، وقال في مثله: «هو رفيقي في الجنة»[٢] ولأن الحرمة قائمة والامتناع عزيمة فإذا بذل نفسه لإعزاز الدين ولإقامة حق اللّه تعالى أو حق غيره من العباد كان شهيداً، ألا ترى أنه لو قاتل دون مال غيره فقتل كان شهيداً، ولا يقال: الكفر مستثنى في حالة الإكراه بقوله تعالى: ﴿إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان﴾ [النحل:١٠٦] كما استثنى الميتة في حالة الاضطرار فكيف يكون حراماً في تلك الحالة، لأنا نقول: الاستثناء هنا راجع إلى العذاب لأنه المذكور قبله فينتفي العذاب دون الحرمة بخلاف الخمر وأخواتها فإن المذكور هناك فيه الحرمة فتنتفي في تلك الحالة، وهنا لا تنتفي فتبقى على حالها ولكن لو ترخص جاز لما أن حق اللّه تعالى لا يفوت به ولا حق العبد لقيام التصديق بالقلب ووجوب الضمان على المكره.

قال رحمه اللّه: (**وللمالك أن يضمن المكره**) لأنه هو المتلف لماله والمكره آلة له فيما يصلح آلة.

قال رحمه اللّه: (وعلى قتل غيره بقتل لا يرخص) أي لو أكره على قتل غيره بالقتل لا يرخص له القتل لإحياء نفسه لأن دليل الرخصة خوف التلف **والمكره والمكره عليه** في ذلك سواء فسقط الكره.

قال رحمه اللّه: (وإن قتله أثم) لأن الحرمة باقية لما ذكرنا فيأثم بمباشرته **ولأن الإثم يكون بدينه** والمكره لا يصلح أن يكون آلة له في حقه فيقتصر عليه، وكذا لو أكره على الزنا لا يرخص له لأن فيه قتل النفس بالضياع لأنه يجيء منه ولد ليس له

رحمه اللّه تعالى. **قوله: (لأن خبيباً)** خبيب بن عدي بن مالك بن عامر الأنصاري الأوسي شهد بدراً. **قوله في المتن: (وللمالك أن يضمن المكره)** بكسر الراء اهـ **قوله: (والمكره والمكره عليه)** بفتح الراء فيهما اهـ **قوله: (ولأن الإثم يكون بدينه)** أي بالجناية على دينه اهـ

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/١٥٩).

(٢) أخرجه مسلم في الجهاد والسير (١٧٨٩)، وأحمد في مسنده (١٣٦٤٢).

أب يربيه، ولأن فيه إفساد الفراش بخلاف جانب المرأة حيث يرخص لها بالإكراه الملجئ لأن نسب الولد لا ينقطع عنها فلم يكن في معنى القتل من جانبها بخلاف الرجل، ولهذا أوجب الإكراه القاصر درء الحدّ في حقها دون الرجل.

قال رحمه اللّه: (ويقتص من المكره فقط) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما اللّه، وقال زفر رحمه اللّه: يجب القصاص على المكره دون المكره لأن القصاص يجب على القاتل والقاتل هو المكره حقيقة لأنه هو المباشر، وكذا حكماً لأنه يأثم به وهذا لأن القتل فعل حسي وقد تحقق من المكره والأصل في الأفعال أن يؤاخذ بها فاعلها إلا إذا سقط حكم فعله شرعاً وأضيف إلى غيره، كما في الإكراه على إتلاف مال الغير فإنه سقط حكمه وهو الإثم عن الفاعل، وأضيف إلى غيره وهنا لم يسقط حكم فعله بل قرّر حكم فعله بدليل أنه يأثم إثم القتل وإثم القتل يكون على القاتل، وقال الشافعي رحمه اللّه: يجب القصاص عليهما، أما المكره فلما قاله زفر: وأما المكره فلحصول التسبيب منه إلى القتل حيث أحدث فيه معنى حاملاً على القتل والسبب التامّ ينزل منزلة المباشرة في حق وجوب القصاص عنده ولهذا حكم بوجوب القصاص على شهود القصاص إذا رجعوا وهذا لأن القصاص شرع لحكمة الزجر والردع، والقتل بالإكراه من المتغلبة غالب فلو لم يجب القصاص لأدّى إلى الفساد فيوجب على الكل حسماً لمادّته، وقال أبو يوسف رحمه اللّه: **لا يجب القصاص على واحد منهما** لأن القتل بقي مقصوراً على المكره من وجه حتى أثم إثم القتل وأضيف إلى المكره من وجه من حيث إنه حمل المكره عليه فصار مدفوعاً إلى القتل بموجب طبعه، ولأن المكره قاتل حقيقة لا حكماً والمكره بالعكس فتمكنت فيه الشبهة من الجانبين فلا يجب فيه القصاص ولهما أنه محمول على القتل بطبعه إيثاراً لحياته فيصير آلة للمكره فيما يصلح أن يكون آلة له وهو الإتلاف / [١٢٨/ ٣/١] دون الإثم وهذا لأن الآلة هي التي تعمل بطبعها كالسيف **فإن طبعه** القطع عند الاستعمال في محله، وكالنار فإن طبعها الإحراق، وكالماء فإن طبعه الإغراق وباستعمال الآلة يجب القصاص على المستعمل فكذا هنا والدليل على أن الآمر هو المستعمل له والمأمور جار على موجب طبعه أن ضمان المال المتلف يجب على الآمر ولولا أنه هو المتلف بالاستعمال لما وجب عليه فعلم بهذا أن الإتلاف منسوب إلى الآمر وأنّ المأمور آلة له إذ لا وجه لنسبته إليه إلا بهذا الطريق فكأن الآمر مباشر للإتلاف لا

قوله: (لا يجب القصاص على واحد منهما) أي بل تجب الدية على المكره الآمر اهـ **قوله: (فإن طبعه الإغراق)** أي ففي الجري على موجب الطبع مشابهة بالآلة ولو استعمل القاتل آلته التي هي السيف في شخص ظلماً فقتله يجب القصاص على القاتل فكذا هنا اهـ **قوله:**

متسبب له لأنه لو كان متسبباً لما وجب عليه الضمان وإنما كان يجب على المأمور لأن المباشر والمتسبب إذا اجتمعا على الإتلاف كان الضمان على المباشر دون المتسبب، وهذا لأنه يمكن أن يجعل آلة له في إتلاف المال بالإجماع بأن يأخذه ويلقيه في مال إنسان فكذا في النفس في حق الإتلاف يصلح أن يكون آلة له بهذا الطريق بخلاف الإثم فإنه لا يصلح أن يكون آلة له في حقه لأن الإثم بالجناية على دينه ولا يقدر أحد أن يجني على دين غيره فبقي الفعل مقصوراً في حقه كما قلنا في الإكراه على الإعتاق فإنه ينتقل الفعل إلى الآمر في الإتلاف ويقتصر على المأمور من حيث التلفظ ولا يجعل آلة له فيه لأنه لا يمكنه أن يتكلم بلسان غيره فاقتصر على المأمور حتى عتق العبد وكان الولاء له ولو نقل إلى الآمر لما عتق لأنه لا عتق بدون الملك ولا كان الولاء له لأن الولاء للمعتق، وكذا قلنا في الإكراه على الطلاق حتى يكون مقتصراً عليه في حق التلفظ دون الإتلاف فيرجع عليه بنصف المهر إن كان قبل الدخول، وكذا لو أكره مسلم مجوسياً على ذبح شاة فإنه ينتقل الفعل إلى المسلم الآمر في حق الإتلاف فيجب عليه الضمان ولا ينتقل في حق الحل لأنه لا يصلح أن يكون آلة له في حقه لأن الحل في الذبح في الدين **وبالعكس** يحل.

قال رحمه الله: (وعلى عتاق وطلاق ففعل وقع) أي لو أكره على عتاق أو طلاق فأعتق أو طلق وقع العتق والطلاق لأن الإكراه لا ينافي الأهلية على ما بيناه، وعدم صحة بعض الأحكام كالبيع والإجارة والأقارير لمعنى راجع إلى التصرف وهو كونه يشترط فيه الرضا ومع الإكراه لا يوجد الرضا، وأما العتق والطلاق فلا يشترط فيه الرضا فيقع، ألا ترى أن العتق والطلاق يقعان مع الهزل لعدم اشتراط الرضا فيهما بخلاف البيع وأخوانه.

قال رحمه الله: (ورجع بقيمته ونصف المهر إن لم يطأها) يعني على المكره لأن الإتلاف منسوب إليه والمكره آلة له **فيرجع بقيمة العبد عليه** موسراً كان أو معسراً لأنه ضمان إتلاف فلا يختلف باليسار والإعسار إذ ضمان العدوان لا يختلف بهما بخلاف ضمان الإعتاق لأنه ضمان إفساد يتصرف في ملكه من غير تعدّ ولا سعاية على العبد، لأن السعاية إنما تجب عليه للخروج إلى الحرية كما في معتق البعض أو لتعلق حق الغير به كعتق الراهن المرهون وهو معسر أو عتق المريض عبده وعليه ديون أو لم يخرج من الثلث ولم يوجد شيء من ذلك هنا، ولا يرجع المكره على العبد بما ضمن لأن الضمان وجب عليه بفعله فلا يرجع به على غيره، وكذا يرجع بنصف المهر إن كان قبل الدخول وكان المهر مسمى في العقد وإن لم يكن مسمى فيه يرجع عليه

(وبالعكس) أي لو أكره مجوسي مسلماً على الذبح اهـ **قوله: (فيرجع بقيمة العبد عليه الخ)**

بما لزمه من المتعة، لأن ما عليه كان على شرف السقوط بوقوع الفرقة من جهتها بمعصية، كالارتداد وتقبيل ابن الزوج وقد تأكد ذلك بالطلاق فكان تقريراً للمال من هذا الوجه فيضاف/ تقريره إلى المكره والتقرير كالإيجاب فكان متلفاً له فيرجع عليه [١٢٨ب/٣] بخلاف ما إذا دخل بها لأن المهر تقرّر هنا بالدخول لا بالطلاق ولو قال المكره في مسألة العتق: خطر ببالي الإخبار بالحرّية فيما مضى كاذباً وقد أردت ذلك لا إنشاء الحرّية في الحال يعتق العبد في القضاء ولا يصدّق لأنه خلاف الظاهر ولا يعتق فيما بينه وبين الله تعالى، ولا يضمن المكره له شيئاً لزعمه أنه لم يقع العتاق ولو قال: خطر ببالي ذلك ولم أرد ذلك وإنما أردت به الإنشاء في الحال أو لم أرد به شيئاً أو لم يخطر ببالي شيء عتق قضاء وديانة ويرجع بقيمته على المكره وعلى هذه التفاصيل الطلاق ولو أكرهه على أن يعتق عبده أو يطلق امرأته ففعل رجع بالأقل من قيمة العبد ومن نصف المهر لأن الضرر كان يندفع بالأقل ولو كان ذلك بعد الدخول لا يجب على المكره شيء لأنه إن أوقع الطلاق لا يرجع بشيء على ما ذكرنا وإن أوقع العتق فهو ليس بمضطر إلى إيقاعه إذ كان يمكنه أن يوقع الطلاق ويتخلص ولو أكرهه على التوكيل بالطلاق أو العتاق فأوقع التوكيل وقع استحساناً، والقياس أن لاتصح الوكالة لأن الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الإكراه كالبيع وأمثاله وجه الاستحسان أن الإكراه لا يمنع انعقاد البيع ولكن يوجب فساده فكذا التوكيل ينعقد مع الإكراه والشروط الفاسدة لا تؤثر في الوكالة لكونها من الإسقاطات فإذا لم يبطل نفذ تصرف الوكيل ويرجع الموكل على المكره بما أتلف عليه استحساناً، والقياس أن لا يرجع لأن الإكراه وقع على التوكيل وبه لا يثبت الإتلاف وإنما يتلف بفعل الوكيل بعد ذلك باختياره، وقد لا يفعل ذلك أصلاً فلا يضاف التلف إلى التوكيل كما في الشاهدين إذا شهدا أن فلاناً قد وكل بعتق عبده فأعتق الوكيل ثم رجعا لم يضمنا وجه الاستحسان أن غرض المكره زوال ملكه إذا باشر الوكيل فكان الزوال مقصوداً وجعل ما فعل طريقاً إلى الإزالة فيضمن ولا ضمان على الوكيل لأنه لم يوجد منه الإكراه **ولو أكره على النذر صح ولزم** لأنه لا يحتمل الفسخ فلا يعمل فيه الإكراه وهو من اللاتي هزلهن جدّ ولا يرجع على المكره بما لزمه لأنه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب هو به فيها إذ لو

والولاء للمكره دون المكره كما قدمه الشارح أوّل هذا الكتاب. **قوله: (ولو أكره على النذر صح ولزم)** قال في الهداية: والنذر لا يعمل فيه الإكراه. قال الإتقاني قال محمد بن الحسن في الأصل: ولو أن لصاً غالباً أكره رجلاً حتى جعل على نفسه صدقة أو صوماً أو حجاً أو عمرة أو غزوة في سبيل الله أو بدنة أو شيئاً يتقرب به إلى الله فهدّده بقتل أو تلف عضو أو غيره يعني بحبس أو قيد حتى أوجب ذلك على نفسه فإنه يلزمه وذلك لما روى محمد في

كان له الطلب فيها الحبس فيكون أكثر مما أوجب، وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الإكراه لأنهما لا يحتملان الفسخ فيستوي فيهما الجدّ والهزل، **وسواء كان اليمين على الطاعة أو على المعصية** والأصل فيه حديث حذيفة رضي اللّه عنه: أن المشركين لما أخذوه واستحلفوه على أن لا ينصر رسول اللّه ﷺ في غزوة فحلف مكرهاً ثم أخبر به رسول اللّه ﷺ فقال: «أوفِ لهم بعهدهم ونحن نستعين باللّه عليهم»(١) ولأن الظهار كان طلاقاً في الجاهلية فأوجب الشرع به حرمة مؤقتة بالكفارة فلا يؤثر فيه الإكراه كالطلاق وكذا الرجعة والإيلاء والفيء فيه باللسان لأن الرجعة استدامة النكاح فكانت ملحقة به والإيلاء يمين في الحال وطلاق في المآل والإكراه لا يمنع كل واحد منهما والفيء فيه كالرجعة في الاستدامة ولو بانت بمضي أربعة أشهر ولم يكن دخل بها لزمه نصف المهر وليس له أن يرجع به على المكره لأنه كان متمكناً من الفيء في المدّة وكذا الخلع لأنه طلاق أو يمين من جانب الزوج وكل ذلك لا يؤثر فيه الإكراه، ثم إنّ كانت المرأة غير مكرهة لزمها البدل لأنها التزمته وهي طائعة وإن كانت مكرهة لا يلزمها لأن المال لا يلزم بدون الرضا ولو أكرهه/ على أن يجعل [١٣٩/أ ٣/١] كل مملوك يملكه في المستقبل حراً ففعل ثم ملك مملوكاً عتق ولا ضمان على المكره لأن العتق يحصل باعتبار صنع من جهته وإن أكرهه على أن يعلقه يفعله الذي لا بد له منه نحو أن يقول إن صليت فعبدي حرّ أو أكلت أو شربت ثم فعل المكره هذه الأشياء عتق العبد وغرم المكره قيمته لأنه لا بد له من هذه الأفعال فكان ملجأ ولو أكرهه على أن يكفر ففعل لم يرجع بذلك على الذي أكرهه لأنه أمر بالخروج عن حق لزمه، وذلك حسبة منه لا إتلاف شيء عليه بغير حق ولو أكرهه على عتق عبد

كتاب الإكراه عن عمر رضي اللّه عنه أنه قال: «أربع مقفلات مبهمات ليس فيهن ردّ يدي العتاق والطلاق والنكاح والنذر» أراد بقوله مبهمات وقوعها وصحتها مطلقة بلا قيد الرضا والطواعية والجدّ إذا صدرت من مكلف ومنه قول ابن عباس رضي اللّه عنه: أبهموا ما أبهم اللّه يعني أن أمومة الأم مطلقة غير مقيدة بالدخول، والردّ يدي بمعنى الرد ولأن اليمين تصرف لا يبطله الهزل، ألا ترى أنه إذا نذرها لا يلزمه وكل تصرف لا يبطله الهزل لا يبطله الإكراه ولأن النذر واليمين لا يقبلان الفسخ بعد وقوعهما وكل ما لا يقبل الفسخ لا يؤثر فيه الإكراه ولا يرجع فيه المكره على الذي أكرهه بما لزمه من المنذور ولأنه لا يطالب به في الدنيا ولا يحبس بل يجب عليه ديانة لا قضاء اهـ **قوله: (وسواء كان اليمين على الطاعة أو على المعصية)** قال الإتقاني نقلاً عن شرح الكافي لشيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي: ولو أكرهه على أن يظاهر من امرأته كان مظاهراً لأنه من باب التحريم فأشبه اليمين اهـ **قوله:**

---

(١) أخرجه والبيهقي في سننه (٩/ ١٤٥)، الحاكم في مستدركه (٣/ ٢٢٢).

بعينه عن الكفارة ففعل عتق العبد وعلى المكره قيمته لأنه لم يجب عليه أن يعتق عبداً معيناً عن كفارته **فصار بالإكره عليه متعدياً عليه** بخلاف الأوّل لأنه لم يأمره إلا بالخروج عما لزمه ولم يكرهه على إتلاف مال معين ثم لا يجزئه عن الكفارة هنا لأنه في معنى العتق بعوض ولو قال: أنا أبرئه من القيمة حتى يجزئه عن الكفارة لم يجز ذلك لأن العتق نفذ غير مجزئ عن الكفارة والموجود بعد ذلك إبراء عن الدين وهو لا تتأدّى به الكفارة ولو قال: أعتقته حين أكرهني **وأنا أريد به** عن الكفارة ولم أعتقه لا كراهه **أجزأه** عن الكفارة، وليس له أن يرجع بقيمة العبد على المكره ولو أكرهه على أن يعتق نصف عبده فأعتق كله فهو مختار ولا شيء على المكره عند أبي حنيفة رحمه اللّه لأن الإعتاق يتجزأ عنده وما أتى به غير ما أكره عليه فلا يصير الإتلاف به منسوباً إلى المكره، ألا ترى أنه لو أمر أن يعتق نصف عبده فأعتق كله كان باطلاً عنده وعندهما يضمن المكره قيمته كله لأن الإعتاق لا يتجزأ عندهما فالإكراه على إعتاق النصف إكراه على إعتاق الكل ولو أكرهه على إعتاق كله فأعتق نصفه يضمن نصفه عنده وعندهما يضمن الكل لأن إعتاق النصف إعتاق للكل عندهما وعنده يقتصر على النصف فيكون آتياً ببعض ما أكره عليه فيجب عليه الضمان بحسابه، ولو أكره على الزنا فزنى يجب عليه الحدّ في قول أبي حنيفة رحمه اللّه الأوّل وهو قول زفر ثم رجع وقال: لا يجب عليه الحدّ إن أكرهه السلطان وإن أكرهه غيره يجب وقالا: لا يجب عليه في الوجهين وهذا اختلاف عصر وزمان على ما بينا من قبل وجه قوله الأوّل أن الزنا من الرجل لا يتصوّر إلا بانتشار الآلة والانتشار دليل الطواعية ولأنه لا يمكن نسبة الزنا إلى المكره لكونه لا يصلح أن يكون آلة له في الزنا لأن الوطء بآلة

(فصار بالإكراه عليه متعدياً عليه) أي ولا يقال بأنه إتلاف بعوض لأنه عسى يمكنه الخروج بما دون هذا فصار في الزيادة إتلافاً بغير عوض حتى قالوا: لو كان هذا من أخس الرقاب لا يتصوّر أن يكون دون هذا مجزياً لا يضمن شيئاً فإن قالوا: ينبغي أن يضمن بقدر الزيادة. قلنا متى ضمن بعضه خرج من أن يكون كفارة فتبين أنه إتلاف بلا نفع يسلم له فيضمن كله ولم يجزه عن الكفارة لأنه متى وجب الضمان لربه على المكره صار إعتاقاً بعوض فلا يصلح كفارة اهـ إتقاني. **قوله: (وأنا أريد به)** أي كفارة الظهار اهـ إتقاني. **قوله: (أجزأه)** أي عن كفارة الظهار لأنه أخبر أنه أعتقه طائعاً فلم يكن الضمان به واجباً على المكره فصلح كفارة وإنه أمر بينه وبين ربه فصدّق فيه ولم يكن له على المكره شيء لأنه أخبر أنه طائع وإن قال: أردت به العتق عن الظهار كما أمرني ولم يخطر ببالي غير ذلك لم يجزه عن الكفارة لأنه أخبر أنه فعل ما فعل بأمره فكان مكرهاً ولو أكرهه بحبس أو قيد أجزأه عنه لأنه لا يوجب نقل الفعل إلى غيره ولا يوجب الضمان على المكره فبقي إعتاقاً بلا عوض فيسلم له

غيره غير ممكن فكان مقتصراً على الفاعل، ولهذا يسقط به إحصانه دون إحصان المكره فكذا الحد يجب عليه بخلاف المرأة لأنها محل الفعل ويتحقق منها الزنا، ألا ترى أنه يتحقق منها وهي نائمة أو مغمى عليها ولا يشعر به وبخلاف الإكراه على القتل لأنه يمكن أن يجعل آلة له فيه فينسب إلى المكره حتى يجب عليه القصاص وجه قوله المرجوع إليه أن انتشار الآلة قد يكون طبعاً كما في النائم فلا يدل على الطواعية فيسقط الحد إذا وجد الإكراه الملجئ لأنه لولا الإلجاء لما فعل وقصده بالفعل دفع الهلاك عن نفسه لا قضاء الشهوة، ولأن الحد شرع للزجر وهو منزجر في غير حالة الإكراه لما أن في الامتناع إهلاكه فلا يفيد شرع الحد في هذه الحالة فلا يكون مشروعاً.

قال رحمه اللّه: (وعلى الردّة لم تبن امرأته) أي لو أكره على الردّة وأجرى كلمة الكفر على لسانه وقلبه مطمئن بالإيمان لم تبن امرأته لأنه لا يكفر به من غير تبدل الاعتقاد حتى لو ادّعت المرأة ذلك وأنكر هو كان القول قوله استحساناً، **والقياس أن يكون** القول قولها حتى يفرّق بينهما لأن كلمة الكفر سبب لحصول البينونة بها فيستوي فيها الطائع والمكره كلفظة/ الطلاق ووجه الاستحسان أن هذه اللفظة غير [١٣٩ ب/٣] موضوعة للفرقة وإنما تقع الفرقة باعتبار تغير الاعتقاد والإكراه دليل على عدم تغيره فلا تقع الفرقة ولهذا لا يحكم عليه بالكفر بخلاف ما إذا أسلم مكرهاً حيث يحكم عليه بالإسلام لأنه وجد أحد الركنين وفي الركن الآخر احتمال فرجحنا جانب الوجود احتياطاً لأن الإسلام يعلو ولا يُعلى عليه ونظيره السكران فإنّ إسلامه صحيح وكفره لا يصح ولا يحكم بردّته لعدم القصد هذا البيان الحكم أما فيما بينه وبين اللّه تعالى فإن لم يعتقد فليس بمسلم ولو أكره على الإسلام حتى أسلم ثم رجع عن الإسلام لا يقتل لأنه لما تمكنت الشبهة لاحتمال عدم الإسلام من الابتداء فيكون كفره أصلياً لعدم صحة إسلامه **ولو قال المكره**: نويت الإخبار باطلاً ولم أكن فعلت بانت امرأته في الحكم لأنه أقر بوجود المخلص، وجوابه مطابق للسؤال فيكون مخالفاً لما نوى باعتبار الظاهر فلا يصدّق أنه نوى ذلك لأن كلامه وقع جواباً لما طلب منه ظاهراً

فيصلح كفارة اهـ الثاني. **قوله: (والقياس أن يكون إلخ)** أسير خرج من دار الحرب إلى دار الإسلام فقالت له امرأته: إنك ارتددت في دار الحرب إنْ أنكر الزوج فالقول قوله لأنه منكر للفرقة وإن أقر وقال: تكلمت بذلك لكن مكرهاً فالقول قولها لأنه أقر بالردّة وادّعى الكره والمرأة منكرة فالقول قولها وإن صدّقته المرأة فالقاضي لا يصدّقهما لأن تصادقهما في الفرج لا يجوز اهـ سير فتاوي الولوالجي رحمه اللّه. **قوله: (ولو قال المكره)** أي على الإسلام اهـ

فالظاهر أنه أجاب إليه ونوى ما قصده المكره مع إقراره على نفسه بوجود المخلص فلا يصدق في حق المرأة أنه عدل عما طلبوه منه بالنية فيجعل مجيباً لهم طائعاً، ولو قال: أردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عن الباطل بانت ديانة وقضاء لأنه كفر حقيقة حيث أجاب إلى ما طلب منه مع وجود المخلص وعلى هذا لو أكره على الصلاة على الصليب أو على سب محمد ﷺ فقال: خطر ببالي أن أسجد للّه تعالى أو أسب محمداً آخر فنويت السجود للّه تعالى أو سببت غير النبي ﷺ بانت امرأته قضاء لا فيما بينه وبين اللّه تعالى ولو قال: نويت السجود للصليب أو سب النبي ﷺ كفر ديانة وقضاء لما قلنا ولو قال: لم يخطر ببالي شيء ونويت ما طلب مني وقلبي مطمئن بالإيمان لا تبين امرأته ديانة ولا قضاء وهو المراد بالمذكور في الكتاب لأنه لم يقر على نفسه بوجود المخلص وإجابة ما طلب منه في حالة الإكراه مرخص له دون غيرها من الأحوال حتى لو خطر بباله أنه لو أكرهه العدوّ على كلمة الكفر لأجراها على لسانه وقلبه مطمئن بالإيمان كفر من ساعته لأنه رضي بإجراء كلمة الكفر على لسانه من غير إكراه فصار نظير ما لو نوى أن يكفر في وقت في المستقبل واللّه أعلم.

(فصل) وحرمة طرف الإنسان كحرمة نفسه حتى لو أكره على قطع يد غيره لا يرخص له قطعها كما لم يرخص له قتل نفسه بخلاف إتلاف ماله ولو قطعها يأثم القاطع ويجب القصاص على المكره كما قلنا في النفس، ولو أكره على قطع طرف نفسه حل له قطعه بخلاف ما إذا أكره على قتل نفسه حيث لا يحل له قتلها لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال في حق صاحب الطرف حتى يحل له قطعها إذا استأكلت، ولو قال له: لتلقين نفسك في النار أو من الجبل أو لأقتلنك وكان الإلقاء بحيث لا ينجو منه ولكن فيه نوع خفة فله الخيار إن شاء فعل ذلك وإن شاء لم يفعل وصبر حتى يقتل عند أبي حنيفة رحمه اللّه لأنه ابتلي ببليتين فيختار ما هو الأهون في زعمه، وعندهما يصبر ولا يفعل ذلك لأن مباشرة الفعل سعي في إهلاك نفسه فيصبر تحامياً عنه وأصله أن الحريق إذا وقع في سفينة وعلم أنه لو صبر فيه احترق ولو وقع في الماء غرق فعنده يختار أيهما شاء وعندهما يصبر ثم إذا ألقى نفسه في النار فاحترق فعلى المكره القصاص وإن أكره على أن يقطع يد رجل / بحديدة فقطع يده [١٣٠/أ ٣/١] ثم قطع رجله بغير إكراه فمات المقطوع من ذلك يجب القصاص على القاطع والمكره لأنه مات بفعلين أحدهما انتقل إلى المكره والآخر اقتصر على القاطع فصارا قاتلين له وعند أبي يوسف رحمه اللّه عليهما الدية في مالهما لأن في قطع اليد على المكره الدية عنده فصار نصيب الآخر مالاً ضرورة، ولو قال له: لتلقين نفسك من رأس

الجبل أو لأقتلنك بالسيف فألقى نفسه فمات فعند أبي حنيفة رحمه اللّه تجب الدية على عاقلة المكره لأنه لو باشر لا يجب عليه القصاص لأنه قتل بالمثقل بل فيه الدية على العاقلة فكذا إذا أكره عليه، وعند أبي يوسف رحمه اللّه تجب الدية على المكره في ماله وعند محمد رحمه اللّه يجب القصاص على المكره لأنه كالقتل بالسيف عنده وعلى المكره القصاص عنده ولو قال لآخر: اقتلني فعنه تجب الدية في ماله في الصحيح وهو راية الأصل لأن الإباحة لا تجري في النفوس فكان ينبغي أن يجب القصاص كما قال زفر وإنما سقط للشبهة باعتبار الإذن فتجب الدية في مال القاتل لأنه عمد والعاقلة لا تتحمله وفي رواية لا يجب عليه شيء لأن نفسه حقه فصار كإذنه بإتلاف ماله وثم لا ضمان فكذا هنا، وإذا أكره وليّ المرأة على التزويج بمهر فيه غبن فاحش ثم زال الإكراه فرضيت المرأة ولم يرض الولي فللولي الفراق بينهما عند أبي حنيفة رحمه اللّه لأن التبليغ إلى مهر المثل حق الأولياء لأنهم يتعيرون بالنقصان، وقالا: ليس لهم ذلك لأن المهر خالص حقها حتى تملك إسقاطه وهبته واللّه أعلم.

كتاب الحجر

قال رحمه اللّه: (هو منع عن التصرف قولاً لا فعلاً **بصغرٍ ورقٍ وجنونٍ**) هذا في الشرع وفي اللغة: هو المنع مطلقاً أيّ منع كان ومنه سمي الحطيم حجراً لأنه منع من الكعبة وسمي العقل حجراً لأنه يمنع من القبائح، **ومنه قوله تعالى**: ﴿**هل في ذلك قسم لذي حجر**﴾ [الفجر: ٥] أي لذي عقل ثم إن اللّه تعالى خلق البشر أشرف خلق وجعلهم بكمال حكمته متفاوتين فيما يمتازون به عن الأنعام وهو العقل وبه يسعد من سعد وذلك أن اللّه تبارك وتعالى ركب في البشر العقل والهوى وركب في الملائكة العقل دون الهوى وركب في البهائم الهوى دون العقل فمن غلب من البشر عقله على هواه كان أفضل خلقه لما يقاسي من مخالفة الهوى ومكابدة النفس ومن غلب هواه على عقله كان أردأ من البهائم قال اللّه تبارك وتعالى: ﴿إِن هم إلا كالأنعام بل هم أضل﴾ [الفرقان: ٤٤] فجعل بعضهم ذوي النهي وجعل منهم أعلام الدين وأئمة الهدى ومصابيح الدجى وابتلى بعضهم بما شاء من أسباب الردى كالجنون الموجب لعدم العقل والصغر والعته الموجبين لنقصانه فجعل تصرفهما غير نافذ بالحجر عليهما ولولا ذلك لكان معاملتهما ضرراً عليهما بأن يستجرّ من يعاملهما

كتاب الحجر

أورد الحجر بعد الإكراه لما أن بينهما سلب الاختيار إلا أن الإكراه أقوى لأن فيه سلبه عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة بخلاف الحجر فكان أحق بالتقديم ومحاسن الحجر النظر والشفقة على المحجور وقد يكون النظر والشفقة لغيره ودفع الأذى عنه كما في حجر المديون والسفيه على قولهما وحجر المريض عن التصرف في الرهن وحجر العبد لحق المولى اهـ كاكي. وكتب ما نصه قال الإتقاني: وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن حجر مخصوص وهو الحجر الحكمي الذي لا يصير تصرف المحجور عليه مفيداً حتى إذا باع وحصل القبض لا يفيد الملك وهو الفرق بين الحجر والنهي فإن النهي يفيد الملك بعد القبض كما في البيع الفاسد اهـ **قوله في المتن**: (**بصغر ورق وجنون**) وهذه الثلاثة سبب للحجر بإجماع العلماء وفي أن السفه والفلس سبب للحجر اختلاف كما سيجئ وحكى عن أبي حنيفة أنه ألحق بهذه الثلاثة ثلاثة أخر وهي المفتي الماجن والمتطبب الجاهل والمكاري المفلس اهـ كاكي. **قوله**: (**ومنه قوله تعالى هل في ذلك قسم لذي حجر**) أي لذي

مالهما باحتياله الكامل وجعل من ينظر في مالهما خاصاً وعاماً وأوجب عليه النظر لهما وجعل الصبا والجنون سبباً للحجر عليهما **كل ذلك رحمة منه** ولطفاً **والرق** ليس بسبب للحجر في الحقيقة لأنه مكلف محتاج كامل الرأي كالحرّ غير أنه وما في يده ملك المولى فلا يجوز له أن يتصرف لأجل حق المولى والإنسان إذا منع عن التصرف في ملك الغير لا يكون محجوراً عليه كالحرّ لا يقال أنه محجور عليه مع أنه ممنوع عن التصرف في ملك غيره ولهذا يؤخذ العبد بإقراره بعد العتق لزوال المانع وهو حق المولى، ولعدم نفوذه في الحال/ وتأخره إلى ما بعد الحرية جعله من المحجور عليهم [١٣٠ب/٣] **ثم هذه الأشياء توجب الحجر** في الأقوال دون الأفعال لأن الحجر في الحكميات دون الحسيات ونفوذ القول حكمي، ألا ترى أنه يردّ ويقبل والفعل حسي لا يمكن ردّه إذا وقع فلا يتصوّر الحجر عنه وهو المراد بقوله هو منع عن التصرف قولاً لا فعلاً.

قال رحمه الله: (فلا يصح تصرف صبي وعبد بلا إذن ولي وسيد) لأن الصبي عديم العقل إن كان غير مميز وإن كان مميزاً فعقله ناقص لعدم الاعتدال وهو بالبلوغ **فيحتمل فيه** الضرر فلا يجوز إلا إذا أذن له الولي فيصح حينئذ لترجح جانب المصلحة فيه ومنع العبد لحق المولى فإذا أذن له فقد زال فيتصرف بأهليته إن كان بالغاً عاقلاً وإن كان صغيراً فهو كالحر الصغير.

قال رحمه الله: (ولا تصرف المجنون المغلوب بحال) يعني لا يجوز تصرفه أصلاً ولو أجازه الولي لأن صحة العبارة بالتمييز وهو لا تمييز له فصار كبيع الطوطى

عقل ومنه قول بعضهم:

لا يتمادى في اتباع الهوى إلا الذي في عقله وهي
فالعقل عقل والحجا حاجز والحجر حجر والنهي نهي

قوله: (كل ذلك رحمة منه) ذكر البيهقي في كتاب المعرفة[1] أن الأحكام إنما صارت متعلقة بالبلوغ بعد الهجرة وذكر الشيخ تقي الدين السبكي أن ذلك بعد أحد اهـ **قوله: (والرق إلخ)** قال الإتقاني وقيل الرق إلخ اهـ **قوله: (ثم هذه الأشياء توجب الحجر الخ)** حتى يؤاخذ بالأفعال حتى أن طفل يوم لو انقلب على مال إنسان فأتلفه يلزمه الضمان وكذلك المجنون الذي لا يفيق إذا مزق ثوب إنسان يلزمه الضمان لأن الأفعال لا تقف على القصد الصحيح لأنها توجد حسّاً ومشاهدة ولا إمكان لردّ ما هو ثابت حساً بخلاف الأفعال التي تسقط بالشبهة كالحدود والقصاص فإن الصبا والجنون يؤثران فيها لأن الحدود والقصاص عقوبة والصبي والمجنون ليسا من أهل العقوبة فسقطت عنهما لقصور في فعلهما لعدم

---

(١) هو للإمام الحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي الشافعي المتوفى سنة (٤٥٨هـ)، (١٧٣٩/٢).

وإن كان يجن تارة ويفيق أخرى فهو في حال إفاقته كالعاقل والمعتوه كالصبي العاقل في تصرفاته وفي رفع التكليف عنه وهو الناقص العقل، وقيل: هو المدهوش من غير جنون واختلفوا في تفسيره اختلافاً كثيراً وأحسن ما قيل فيه: هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير إلا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون.

قال رحمه اللّه: (**ومن عقد منهم** وهو يعقله يجيزه الولي أو **يفسخه**) أي من عقد البيع أو الشراء من هؤلاء المحجورين وهو يعقل البيع والشراء بأن يعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعلم الغبن الفاحش من اليسير ويقصد به تحصيل الربح والزيادة **فالولي بالخيار** إن شاء أجازه وإن شاء ردّه لأنه إذا كان بهذه الصفة يحتمل أن يكون في عقده مصلحة فيجيزه الولي أو المولى إن رأى فيه ذلك كعقد

القصد الصحيح اهـ غاية. **قوله**: **(فيحتمل فيه)** أي في تصرفه اهـ **قوله**: **(وإن كان يجنّ تارة ويفيق أخرى)** قال الإتقاني: وأراد بالمجنون المغلوب الذي يجنّ ولا يفيق وهو المغلوب على عقله وهو احتراز عن الذي يجنّ ويفيق وهو المعتوه فإن حكمه حكم الصبي كما سيجيء بعد هذا اهـ **قوله**: **(فهو في حال إفاقته كالعاقل)** يقتضي أن تصرفاته نافذة في حال إفاقته فهو مخالف لما ذكره الإتقاني من أنه موقوف وقد نقلت عبارته بعد ثلاث قولات في هذا المجرد عند قوله فالولي بالخيار الخ فانظره أقول: والذي يظهر لي بتوفيق اللّه تعالى أن الحق التفصيل فإن كان لإفاقته وقت معلوم فعقد في ذلك الوقت فالحكم فيه النفاذ كالعاقل، وإن لم يكن لإفاقته وقت معلوم فعقد في حال الإفاقة فالحكم فيه الوقف كالصبي فينبغي أن يحمل ما قاله الزيلعي رحمه اللّه على الأوّل وما ذكره الإتقاني رحمه اللّه على الثاني هذا ما ظهر لي حال المطالعة واللّه أعلم بالصواب اهـ **قوله**: **(والمعتوه كالصبي إلخ)** قال الإتقاني: ثم اعلم أن المعتوه البالغ هل تجب عليه العبادات أم لا فيه اختلاف المشايخ فالقاضي أبو زيد مال إلى الوجوب وفخر الإسلام مال إلى السقوط اهـ سيأتي في كلام الشارح في الورقة الآتية في الشرح أنه غير مكلف اهـ **قوله في المتن**: **(ومن عقد منهم)** أي من هؤلاء المذكورين الثلاثة اهـ إتقاني وكتب على قوله منهم ما نصه قال خواهر زاده: أي من الصغير والعبد ذكر الجمع وأراد التثنية كما في قوله تعالى: ﴿فقد صغت قلوبكما﴾ [التحريم:٤] وقال في شرح النافع أراد الصغير والعبد والمجنون الذي يجن ويفيق لا الذي ذهب عقله فإن تصرف مثل هذا لا يصح وإن لحقه الإجازة ولهذا قيده بقوله وهو يعقله. **قوله في المتن**: **(أو يفسخه)** يعني إذا باع الصغير شيئاً أو اشتراه فلحقه الإجازة فإن عقل معنى العقد جاز وإلا فلا وكذا العبد الصغير وكذا المجنون الذي يجنّ ويفيق إذا عقد فأجازه الولي جاز ذلك إذا كان العقد في حال إفاقته ومعرفته معنى البيع اهـ غاية. **قوله**: **(فالولي بالخيار إلخ)** قال الإتقاني رحمه اللّه: اعلم أن ما كان فيه نفع يشوبه ضرر كالبيع والشراء والاستئجار والإجارة والرهن والارتهان والإقراض والاستقراض فإنه يقف على إجازة

الأجنبي وهو الفضولي فيتوقف على إجازته فإن قيل هذا في البيع مستقيم وأما في الشراء فلا يستقيم لأنه لا يتوقف بل ينفذ على المشتري قلنا: إنما ينفذ على المشترى إذا وجد نفاذاً كشراء الفضولي وهنا لم يجد نفاذاً لعدم الأهلية أو لتضرر المولى فيوقف الكل.

قال رحمه اللّه: (وإن أتلفوا شيئاً ضمنوا) لما ذكرنا أنهم غير محجور عليهم في حق الأفعال إذ لا يمكن أن يجعل القتل غير القتل والقطع غير القطع فاعتبر في حقه فيترتب عليه موجبه لتحقق السبب ووجود أهلية الوجوب وهي الذمة لأن الآدمي يولد وله ذمة صالحة لوجوب الحق عليه وله إلا أنه لا يخاطب بالأداء إلا عند القدرة كالمعسر لا يطالب بالدين إلا إذا أيسر وكالنائم لا يؤمر بالأداء إلا إذا استيقظ من النوم.

قال رحمه اللّه: (ولا ينفذ إقرار الصبي والمجنون) لأن اعتبار الأقوال بالشرع، ألا ترى أنه يحتمل الصدق والكذب وقبل الشارع شهادة البعض دون البعض فأمكن ردّه فيردّ نظراً لهما بخلاف الأفعال على ما بينا أنه فعل حسي فلا مردّ له حتى لو تعلق به حكم شرعي كالحدّ فلا يعتبر فعله أيضاً إلا من حيث إنه إتلاف فيجب عليه الضمان.

قال رحمه اللّه: (وينفذ إقرار العبد في حقه لا في حق مولاه فلو أقر بمال لزمه بعد الحرية) لأنه إقرار على غيره وهو المولى لما أنه وما في يده ملك المولى وإقرار المرء على غيره لا يقبل فإذا عتق زال المانع فيتبع به لوجود سببه / عن أهلية. [١٣١ أ/٣]

قال رحمه اللّه: (ولو أقر بحدّ أو قود لزمه في الحال) **لأن العبد مبقى على أصل** الحرية في حقهما لأنهما من خواص الإنسانية وهو ليس بمملوك من حيث إنه آدمي وإن كان مملوكاً من حيث إنه مال، ولهذا لا يصح إقرار المولى بهما عليه فإذا بقي

الولي إذا تصرف الصبي العاقل أو المعتوه وكذا العبد المحجور إذا تصرف في هذه الأشياء يقف على إجازة المولى حتى يرى الولي أو المولى رأيه فيه إنْ رأى النفع في النقض نقض اهـ **قوله: (لأن العبد مبقي إلخ)** وقال زفر: لا يصح إقراره إذا كان محجوراً عليه وجه قوله أنه لو صح يلزم منه إتلاف مال المولى فلا يصح كما لو أقر بدين ولنا أن العبد مبقي على أصل الحرية في حق الدم لأن الرق ينافي مالكية غير المال لأنه كونه مملوكاً باعتبار معنى المالية فيه لا باعتبار الآدمية والقصاص من خواص الآدمية وكذا إيجاب الحدّ فيصح إقراره بهما والدليل على أنه مبقي على أصل الحرية أن المولى لا يملك سفك دمه ولا يصح إقرار المولى بدمه ولأن إقرار المحجور بدين إنما لا يصح في حق المولى للتهمة في حق مولاه وليس بمتهم في هذا الإقرار لأنه أقر بما يوجب العقوبة على نفسه وقول زفر منقوض بإقراره

على أصل الحرية فيهما ينفذ إقراره بهما لأنه أقر بما هو حقه، وبطلان حق المولى ضمني فإن قيل قوله عليه الصلاة والسلام: «لا يملك العبد والمكاتب شيئاً إلا الطلاق»(١) يقتضي أن لا يملك الإقرار بالقصاص والحدود قلنا: لما بقي على أصل الحرية في حقهما يكون إقرار الحر لا إقرار العبد ولأن قوله تعالى: ﴿بل الإنسان على نفسه بصيرة﴾ [القيامة:١٤] يقتضي أن يصح إقراره فينفذ ولا يقال إنه خص منه الإقرار بالمال لأنا نقول: الإقرار بالمال ليس بإقرار على نفسه وإنما هو إقرار على غيره فلم يتناوله النص على أنا لا نسلم أنه مخصوص لأنه مقبول أيضاً في حق نفسه حتى يلزمه بعد الحرية ولا يقال: أن النص يحمل على أنه ورد على الحرّ دفعاً للتناقض بينه وبين ما روينا قلنا: يحمل المروي على غير هذه الصورة دفعاً للتعارض.

قال رحمه اللّه: (لا بسفه) أي لا يحجر عليه بسبب سفه وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه اعلم أنه لا يرى الحجر على الحرّ البالغ العاقل بسبب السفه والدين والغفلة والفسق وإن كان مبذراً مفسداً يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وعندهما يحجر عليه بسبب السفه والدين في تصرفات لا تصح مع الهزل كالبيع والهبة والإجارة والصدقة، ولا يحجر عليه في غيرها كالطلاق ونحوها وقال الشافعي رحمه اللّه: يحجر عليه بالكل والسفه هو العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل عليه الحجا، والسفيه من عادته التبذير والإسراف في النفقة وأن يتصرف تصرفاً لا لغرض أو لغرض لا يعدّه العقلاء من أهل الديانة غرضاً مثل دفع المال إلى المغني واللعاب وشراء الحمام الطيارة بثمن غال والغبن الفاحش في التجارات من غير محمدة، وأصل المسامحات في التصرفات والبرّ والإحسان مشروع والإسراف حرام كالإسراف في الطعام والشراب قال اللّه تعالى: ﴿والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما﴾ [الفرقان: ٦٧] وقوله تعالى: ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل اللّه لكم قياماً وارزقوهم فيها واكسوهم﴾ [النساء:٥]، فهذا نص على إثبات الحجر عليه بطريق النظر فإن الولي هو الذي يباشر التصرف في ماله على وجه النظر له وقوله تعالى: ﴿فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل﴾ [البقرة:٢٨٢] وهذا نص على إثبات الولاية على السفيه وأنه مولى عليه فلا يكون ذلك إلا بعد الحجر عليه وروي أن عبد اللّه بن

بالردّة فإنه يقبل ويقتل وإن لزم إتلاف مال المولى وينبغي أن يكون مراد القدوري في قوله وإن أقر بحدّ أو قصاص لزمه فيما إذا كان كبيراً، أما إذا كان صغيراً فلا لأنه لا اعتبار لقوله

---

(١) تقدم تخريجه.

جعفر كان يفني ماله في الجهاد والضيافات حتى اشترى داراً للضيافة بمائة ألف فبلغ ذلك علي بن أبي طالب فقال: لآتين عثمان ولأسألنه أن يحجر عليه فاهتم بذلك عبدالله وجاء إلى الزبير فأخبره بذلك فقال: أشركني فيها فأشركه ثم جاء علي إلى عثمان رضي الله عنهما فسأله أن يحجر عليه فقال كيف أحجر على رجل شريكه الزبير، وإنما قال ذلك لأن الزبير كان معروفاً بالكياسة في التجارة فاستدل برغبته أنه لا غبن في تصرفه وهذا اتفاق منهم على جواز الحجر بهذا السبب وأن عائشة رضي الله عنها كانت تتصدّق بمالها حتى روي أنها كان لها رباع فهمت ببيع رباعها للتصدّق بالثمن فبلغ ذلك / عبد الله بن الزبير فقال: لأنهين عائشة عن بيع رباعها للتصدّق أو لأحجرنّ عليها[1] ولأن النظر له واجب حقاً لإسلامه وليس من النظر أن يمكن من التصرف لا على وجه يقتضيه العقل والحكمة فيحجر عليه نظراً له وهو من جملة التعاون على البر فصار كالصبي بل أولى لأن الصبي إنما حجر عليه لتوهم التبذير وهذا قد تحقق منه، ولهذا يمنع ماله في الابتداء إجماعاً بطريق النظر له ومنع المال من غير حجر عليه لا يفيد لأن ما منع من يده يتلفه بلسانه فيحجر عليه نظراً له **ولأبي حنيفة** رحمه الله **ما روى ابن عمر** رضي الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام: ذكر له رجل يخدع في البيع فقال: «من بايعت **فقل لا خلابة**»[2] رواه البخاري ومسلم وفي رواية غيرهما قيل له: «احجر عليه» ولأنه عاقل كامل العقل، ألا ترى أنه مكلف فلا يحجر عليه كالرشيد **بخلاف المعتوه** والصبي فإنهما ناقصا العقل، ولهذا لم يكلفا فلا

[١٣١ ب/٣]

لعدم القصد الصحيح اهـ إتقاني. **قوله: (ولأبي حنيفة ما روى ابن عمر)** قال الإتقاني: وجه قول أبي حنيفة الكتاب والإجماع والمعقول ثم قال: وأما الإجماع فهو أن السفيه إذا طلق أو أعتق أو تزوّج تصح منه هذه التصرفات بالإتفاق وكذا إذا أقر على نفسه بالحدود والقصاص صح بالاتفاق فلو كان محجوراً عليه لم تصح تصرفاته أصلاً لسلب ولايته فإذا صح تصرفه في النفس وهي الأصل وجب أن يصح تصرفه في المال وهو التبع بالطريق الأولى بدلالة الإجماع، وأما المعقول فنقول: هذا حر مخاطب تصرف في خالص حقه على وجه التنفيذ ولم يتصل به حق أحد فوجب أن ينفذ تصرفه ولا ينحجر قياساً على المصلح لماله وعلى الطلاق والعتاق والنكاح وعلى تصرف يتصل بنفسه من الإقرار بالحدّ والقصاص وذلك لأن كونه حراً مخاطباً دليل على كونه مالكاً قادراً على التصرفات لأن الخطاب دليل اعتبار عقله والعقل دليل. **قوله: (فقل لا خلابة)** أي لا خداع وجاء في رواية فقل لا خيابة بالياء كأنها لثغة من الراوي أبدل اللام ياء اهـ ابن الأثير رحمه الله. **قوله: (بخلاف المعتوه إلخ)** قال

---

(١) أخرجه البخاري في الأدب (٦٠٧٥)، وأحمد في مسنده (١٨٤٤٢).

(٢) تقدم تخريجه.

يمكن القياس عليهما ولو كان يحجر عليه نظراً له لكان رفع التكليف أنظر له فحيث كلفه الشارع يعلم أنه لم ينظر له فكيف ينظر له وهو كامل العقل والتقصير من جهته بسوء اختياره وقلة تدبيره مكابراً لعقله ومتابعاً لهواه ولأن في حجره إلحاقه بالبهائم وإهدار آدميته وهو أشدّ ضرراً من التبذير ولا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عامّ يحجر عليه عنده وذلك كالحجر على المتطبب الجاهل بأن يسقيهم دواء مهلكاً أو إذا قوي عليهم الدواء لا يقدر على إزالة ضرره، **وكالحجر على المفتي الماجن** وهو الذي يعلم العوام الحيل الباطلة كتعليم الارتداد لتبين المرأة من زوجها أو لتسقط عنها الزكاة ولا يبالي بما يفعل من تحليل الحرام أو تحريم الحلال وكالحجر على المكاري المفلس وهو الذي يتقبل الكراء ويؤجر الجمال، وليس له جمال ولا ظهر يحمل عليها ولا له مال يشتري به الدواب والناس يعتمدون عليه ويدفعون الكراء إليه ويصرف هو ما أخذه منهم في حاجته فإذا جاء وقت الخروج يختفي فتذهب أموال الناس وتفوت حاجاتهم من الغزو والحج لأن دفع الضرر العام واجب وإن كان فيه إلحاق الضرر بالخاص ولا يصح القياس على منع المال لعدم الاستواء لأن الحجر أبلغ في العقوبة من منع المال، ومنع المال مفيد لأن أكثر ما يتلف بتصرفاته بأن لا يهتدي إليها لسلامة قلبه فيغبن في البياعات فيخسر أو بالهبات والصدقات أو بأن يجمع أصحابه من أهل الفسق والشرّ ويطعمهم ويسقيهم ويسرف في الإنفاق عليهم فإذا لم يسلم إليه ماله لا يتمكن من ذلك، والمذكور في قوله تعالى: ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم﴾ [النساء: ٥] أموالنا لا أموال السفهاء المراد بالآية أن نطعمهم ونكسوهم من أموالنا ولا نسلمه إليهم والمراد بالسفهاء الذراري من النساء والصبيان لأن النساء والصبيان إذا سلم إليهم المال ضيعوه هكذا قال ابن عباس وظاهر الآية يشهد لذلك حيث أضيف المال إلينا لا إلى السفهاء ولئن كان المراد أموالهم فيجوز أن يكون المراد بالسفهاء الصغار والمجانين فلا يلزم حجة مع الاحتمال وقوله تعالى: ﴿ولا تأكلوها إسرافاً وبداراً أن يكبروا﴾ [النساء: ٦] يدل على أن المراد بالآية الصغار لأن معنى الآية والله أعلم لا تأكلوا أموالهم تبادرون

الإتقاني: ثم اعلم أن المعتوه البالغ هل تجب عليه العبادات أم لا فيه اختلاف المشايخ فالقاضي أبو زيد مال إلى الوجوب وفخر الإسلام مال إلى السقوط اهـ تقدّمت هذه الحاشية قبل هذه بستة قولات في قوله والمعتوه كالصبي الخ فانظره وقد نبّه على هذه هناك. **قوله: (وكالحجر على المفتي الماجن)** ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده والمفتي الجاهل وهما متقاربان لأن ضررهما عام اهـ إتقاني. وكتب على قوله الماجن ما نصه قال في الجمهرة: مجن الشيء يمجن مجوناً إذا صلب وغلظ. وقولهم: رجل ماجن كأنه أخذ

كبرهم مخافة أن يكبروا فلا يكون للأولياء عليهم ولاية بعد الكبر وهو البلوغ فتنزع الأموال من أيديهم بالكبر وهذا يشهد لمذهب أبي حنيفة رحمه اللّه لأنه يدل على زوال ولاية الولي بالكبر وكذا قوله تعالى: ﴿فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً﴾ [البقرة:٢٨٢] الآية، يحتمل أن يكون المراد بها الصبيان والمجانين لأن السفيه هو الخفيف لغة وذلك/ بنقصان العقل كالصبي أو بعدمه كالمجنون والصغير [١٣٢/١ /٣] الذي ليس له تمييز أو نقول: الآية تقتضي أن ينفذ تصرف السفيه فإنّ الذي عليه الدين هو الذي لزمه بمداينة نفسه لقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى﴾ [البقرة: ٢٨٢] ثم قال: ﴿وليملل الذي عليه الحق﴾ يعني الحق الذي لزمه بتلك المداينة ثم قال ﴿فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً﴾ أي الحق الذي لزمه بمداينته واللّه أعلم ﴿فليملل وليه﴾ وهذا ظاهر على أن الدين لزمه بمعاملته ثم قد يعجز عن الإملال لعدم هدايته إلى الحساب أو لقلة ممارسته بالإملال، لأنه يحتاج فيه إلى فصاحة وتأليف كلام فيحتاج أن يمل عنه غيره بإخباره هو وإقراره على نفسه، وأكثر الناس على هذا اليوم فإن الذي عليه الحق لا يؤلف كلاماً يمله وإنما يعلم ما عليه ثم يؤلف غيره من الكتاب وحديث عبد اللّه بن جعفر دليل لنا لأن عثمان رضي اللّه عنه امتنع من الحجر عليه مع سؤال عليّ وكلام علي كان على سبيل التخويف له وحديث عائشة رضي اللّه عنها دليل لنا أيضاً لأنها لما بلغها قول ابن الزبير حلفت أن لا تكلم ابن الزبير أبداً فلو كان الحجر حكماً شرعياً لما استجازت هذ الحلف من نفسها مجازاة على قوله فيما هو حكم شرعي، وبهذا يتبين أن ابن الزبير قال ذلك كراهة أن تفني مالها فتبتلي بالفقر فتصير عيالاً على غيرها والمصير إلى هذا أولى ليكون أبعد من نسبة السفه والتبذير إلى الصحابة رضي اللّه عنهم أجمعين، لا سيما مثل عائشة وهي أكرم أهل البيت المطهريبن من الرجس رضي اللّه عنهم أجمعي وكيف يظن بهم التبذير **والمبذرون إخون الشياطين** وما القائل لذلك إلا مكابر نفسه وجاحد للنصوص وإنما كان ذلك على سبيل الشفقة والنصح خوفاً عليهم على ما ذكرنا وكان ذلك من عادتهم، ألا ترى إلى ما روينا من حديث ابن عمر رضي اللّه عنه أنه قال: ذكر رجل لرسول اللّه ﷺ أنه يخدع في البيع فقال: «من بايعت فقل لا خلابة»[1] ولو كان الحجر مشروعاً واجباً أو جائزاً لحجر عليه وفيما روى أنس رضي اللّه عنه فأتى أهله النبي ﷺ فقالوا: يا رسول اللّه احجر على

من غلظ الوجه وقلة الحياء وليس بعربي محض اهـ إتقاني. **قوله: (والمبذورن إخوان**

---

(١) تقدم تخريجه.

فلان فإنه يبتاع وفي عقدته ضعف فدعاه فنهاه عن البيع فقال: يا نبي اللّه إني لا أصبر عن البيع فقال: «إن كنت غير تارك للبيع فقل هاء وهاء ولا خلابة»[١] رواه أبو داود وأحمد وابن ماجه والدار قطني وصححه الترمذي وهذا صريح بأن الحجر غير مشروع، وأن نهيه عليه الصلاة والسلام كان على سبيل الشفقة عليه إذ لو كان عزيمة لما وسعه أن يقول: لا أصبر عن البيع ولا كانت بياعاته تلزم، وعن ابن عمر رضي اللّه عنهما أن منقذاً سفع في رأسه في الجاهلية مأمومة فخبلت لسانه فكان إذا بايع يخدع في البيع فقال له رسول اللّه ﷺ: «بايع وقل لا خلابة ثم أنت بالخيار ثلاثاً، قال ابن عمر: فسمعته يبايع ويقول: لا خلابة ولا خدابة»[٢] رواه الحميدي في مسنده فقال: حدثنا سفيان عن محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر فذكره **وعن محمد بن يحيى بن حبان** قال: هو جدّي منقذ بن عمرو وكان رجلاً قد أصابته آمة في رأسه فكسرت لسانه فكان لا يدع على ذلك التجارة وكان لا يزال يغبن فأتى النبي ﷺ فذكر له ذلك فقال: «إذا أنت بايعت فقل لا خلابة ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال إن رضيت فأمسك وإن سخطت فارددها على صاحبها»[٣] رواه البخاري في تاريخه وابن ماجه والدار قطني هكذا ذكر في المنتقى، ثم لو حجر عليه القاضي فرفع ذلك إلى قاض آخر فرفع حجره وأطلق عنه جاز إطلاقه لأن الحجر من الأول فتوى وليس بقضاء/لأن القضاء لقطع الخصومة بين المتخاصمين بالقضاء لأحدهما على الآخر ولم يوجد وقال صاحب الهداية: ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه **فلا بدّ من الإمضاء** يعني حتى يلزم لأن الاختلاف إذا وقع في نفس القضاء لا يلزم ولا يصير مجمعاً عليه، وإنما يصير مجمعاً عليه أن لو كان الاختلاف موجوداً قبل القضاء فيتأكد أحد القولين بالقضاء فلا ينقض بعد ذلك، وأما إذا كان الاختلاف في نفس القضاء فبالقضاء يحصل الاختلاف فلا بدّ من قضاء آخر ليصير مجمعاً عليه لقضائه

[١٣٢ب/٣]

الشياطين) الذي بخط الشارح الشيطان اهـ **قوله: (فإن محمد بن يحيى بن حبان)** بفتح أوّله الأنصاري الخزرجي اهـ وكتب ما نصه قال ابن حجر رحمه اللّه في الإصابة: والحاصل أنه اختلف في القصة هل وقعت لحبان بن منقذ أو لأبيه منقذ بن عمرو اهـ **قوله: (فلا بد من الإمضاء)** أي حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر إلى القاضي الحاجر أو إلى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع إلى قاض آخر نفذ إبطاله لاتصال الإمضاء به ولا يقبل النقض بعد ذلك اهـ

---

(١) أخرجه الترمذي في البيوع (١٢٥٠)، وأبو داود في البيوع (٣٥٠١)، والدارمي في البيوع (٢٥٧٨)، والدارقطني (٣/٥٥).

(٢) أخرجه مسلم في البيوع (١٥٣٣) بلفظ «لا خيابة».

(٣) أخرجه ابن ماجه في الأحكام (٢٣٥٥)، والدارقطني (٣/٥٥).

بعد وجود الاختلاف **وهذا معناه** ولكن فيه إشكال هنا لأن الاختلاف فيه موجود قبل القضاء **فإن محمداً رحمه الله يرى حجره بنفس السفه** ولا ينفذ تصرّفاته أصلاً فيصير القضاء به على هذا التقدير قضاء بقول محمد رحمه الله فيتأكد قوله بالقضاء بخلاف القضاء على الغائب فإن الاختلاف فيه في نفس القضاء هل يجوز أم لا فعندنا لا ينفذ وعند الشافعي رحمه الله يجوز فيحصل الاختلاف بالقضاء فلا يرتفع **حتى يحكم بجواز هذا القضاء**.

قال رحمه الله: (فإن بلغ غير رشيد لم يدفع إليه ماله حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة ونفذ تصرفه قبله ويدفع إليه ماله إن بلغ المدّة مفسداً) أي إن بلغ خمساً وعشرين سنة دفع إليه ماله وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يدفع إليه ماله أبداً حتى يؤنس منه الرشد ولا يجوز تصرفه فيه أبداً لقوله تعالى: ﴿فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾ [النساء: ٦] ولقوله تعالى: ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم﴾ [النساء: ٥] نهانا عن الدفع إليه ما دام سفيهاً وأمرنا بالدفع إن وجد منه الرشد إذ لا يجوز الدفع إليه قبل وجوده، ولأن منع ماله لعلة السفه فيبقى المنع ما بقيت العلة لأن الحكم يدور معها ولأبي حنيفة رحمه الله قوله تعالى: ﴿وآتوا اليتامى أموالهم ولا تتبدّلوا الخبيث بالطيب﴾ [النساء: ٢] والمراد به بعد البلوغ سمي يتيماً لقربه منه ولأن أول أحوال البلوغ قد لا يفارقه السفه باعتبار أثر الصبا فقدّرناه بخمس وعشرين سنة لأنه حال كمال لبه، وقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «ينتهي لب الرجل إذا بلغ خمساً وعشرين سنة». وقال أهل الطبائع: من بلغ خمساً وعشرين سنة فقد بلغ رشده، ألا ترى أنه قد بلغ سناً يتصوّر أن يصير جَداً لأن أدنى مدة يبلغ فيه الغلام اثنتا عشرة سنة فيولد له ولد لستة أشهر ثم الولد يبلغ

هداية. **قوله: (وهذا معناه)** أي معنى قول صاحب الهداية اهـ **قوله: (فإن محمداً رحمه الله يرى حجره بنفس السفه)** كما سيأتي في الصفحة الآتية من الشرح اهـ قال الصدر الكبير برهان الدين الأجل صاحب المحيط الكبير عبد العزيز بن عمر بن أبي سهل المعروف بمازه في طريقته المطوّلة: الحجر على الحر العاقل البالغ السفيه المبذر لماله في الخير والشر غير جائز عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز ثم إنهما اختلفا فيما بينهما في أن السفيه إذا بلغ بلغ محجوراً أو مطلقاً قال محمد: بلغ محجوراً ولا يحتاج إلى حجر القاضي وقال أبو يوسف: يبلغ مطلقاً ويحتاج إلى حجر القاضي وأجمعوا على أنه يمنع عنه المال إلى أن يبلغ خمساً وعشرين سنة ثم اختلفوا بعد ذلك قال أبو حنيفة لا يمنع عنه ماله بعد خمس وعشرين سنة وقال أبو يوسف ومحمد: يمنع عنه ما دام السفه قائماً إلى هنا لفظ الطريقة اهـ إتقاني. **قوله: (حتى يحكم بجواز هذا القضاء)** أي يحكم بجواز قاض آخر اهـ

في اثنتي عشرة سنة فيولد له ولد لستة أشهر **فقد صار بذلك جداً** حتى لو بلغ رشيداً ثم صار مبذراً لم يمنع منه ماله لأن هذا ليس بأثر الصبا فلا يعتبر في منع المال ولأن منع المال عنه على سبيل التأديب عقوبة عليه والاشتغال بالتأديب عند رجاء التأدّب، فإذا بلغ هذا السن فقد انقطع رجاء التأدّب فلا معنى لمنع المال بعده، والمراد بما تلونا من الآية الأولى منع أموالنا لا أموالهم على ما بينا من قبل، والآية الثانية فيها تعليق بالشرط والتعليق بالشرط لا يوجب العدم عند عدم الشرط على أصلنا على ما عرف في موضعه، **ثم لا يتأتى التفريع على قول أبي حنيفة** رضي اللّه عنه وإنما يتأتى على قول من يرى الحجر فعندهما إذا باع لا ينفذ بيعه لأن فائدة الحجر عدم النفوذ وإن كان فيه مصلحة أجازه الحاكم لأن تصرفه موقوف لاحتمال أن يكون فيه مصلحة فإذا رأى الحاكم فيه مصلحة أجازه والا ردّه كتصرف الصبي والمعتوه، بل أولى لأنه مكلف عاقل ينفذ تصرفه فيما يضره كالإعتاق والطلاق **ولو باع قبل حجر القاضي** عليه جاز عند أبي يوسف رحمه اللّه لأن السفه ليس بشيء محسوس وإنما يستدل عليه

قوله: (فقد صار بذلك جداً) قال في الهداية: ولهذا قال أبو حنيفة لو بلغ رشيداً ثم صار سفيهاً لا يمنع المال عنه قال الإتقاني: أي ولأجل أن المنع باعتبار أثر الصبا قال أبو حنيفة اهـ قوله لا يمنع المال عنه أي خلافاً لهما كما سيجئ آخر هذه الصفحة في الشرح في قوله وعلى هذا الخلاف إذا بلغ الخ اهـ وقد تأتي في هذا المجرّد بعد ثلاث قولات. **قوله: (ثم لا يتأتى التفريع على قول أبي حنيفة)** قال الإتقاني: أراد بالتفريع الذي ذكره القدوري في مختصره بقوله فإذا باع لا ينفذ بيعه وإن كان فيه مصلحة أجازه الحاكم وذلك لأن أبا حنيفة لما لم ير الحجر جائزاً نفذ بيع السفيه أجازه الحاكم أولاً وهما لما رأيا الحجر جائزاً ورد التفريع على قولهما فانعقد بيع السفيه ولم ينفذ فإن أجازه الحاكم نفذ كما في بيع الصبي العاقل وإلا فلا وإنما يجيزه إذا كان في البيع منفعة فإن لم يكن في البيع منفعة بأن كان فيه محاباة أو لم يكن فيه محاباة إلا أن الثمن يهلك في يد المحجور فإنه لا يجيزه لأنه لا منفعة للمحجور في إجازة هذا البيع لأن المبيع يزول عن ملكه بغير ثمن يحصل له وقت الإجازة كما أن الصبي إذا باع وفي البيع محاباة أو لم يكن فيه محاباة إلا أن الثمن الذي قبضه يهلك في يده لا يجيزه القاضي، ولا نظر للصبي والمحجور في الإجازة لأنه لو لم يجز لم يضمن ما هلك من الثمن لأنه قبض بإذن المشتري ويحصل له المبيع ومتى أجاز يزول المبيع عن ملكه ولا يحصل له الثمن كذا ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه اهـ إتقاني. **قوله: (ولو باع قبل حجر القاضي إلخ)** قال الإتقاني قال في إشارات: الأسرار ثم عند محمد: يصير محجوراً بدون القضاء لأن علة الحجر السفه وهي متحققة، وقال أبو يوسف: يتوقف على القضاء لأنه بين سفه ورشد لأنه لا يكابر في جميع الأحوال ولكن في حال دون

بالغبون في تصرفاته، وذلك محتمل لأنه يجوز أن يكون للسفه ويجوز أن يكون حيلة منه **لاستجلاب قلوب / المجاهزين** فإذا تردّد لا يثبت حكمه إلا بقضاء القاضي بخلاف [١٣٣/أ/٣] الجنون والصغر والعته، ولأن الحجر بالسفه مختلف فيه بين العلماء فلا يثبت حكمه إلا بالقضاء بمنزلة الحجر بسبب الدين ولأن الحجر عليه نفسه متردّد بين الضر والنفع لأن إهدار أهليته ضرر عليه وإبقاء ملكه نظر له فلا بد من القضاء ليترجح أحد الجانبين على الآخر، وعند محمد لا يجوز لأن علة الحجر السفه، وقد تحقق في الحال فيترتب عليه موجبه بغير قضاء كالصبا والجنون والجامع أن الحجر لمعنى في نفسه والقضاء يكون عند الخصومة ولا خصومة لأحد هنا بخلاف الحجر بسبب الدين لأنه لحق الغير حتى لا يتوى مال الغرماء وهم لا ولاية لهم عليه حتى يمنعوه، وللقاضي عليه ولاية فيتوقف على قضائه لتوقفه على طلبهم، ألا ترى أنهم لو لم يطلبوا ذلك أو أبرؤه أو فاهم حقهم لا يحجر عليه **وعلى هذا الخلاف** إذا بلغ رشيداً ثم صار سفيهاً، **وإن أعتق عبداً عتق عندهما** وقال الشافعي رحمه اللّه: لا يعتق وهذا بناء على الاختلاف في كيفية حجره، وعندهما هو كالهازل فإنّ الهازل يخرج كلامه على غير نهج العقلاء لقصد اللعب دون ما وضع الكلام له لا لنقصان في عقله، فكذا السفيه يخرج كلامه في التصرفات على غير نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكل كلام لا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه السفه، وكل

حال فيتوقف على انضمام القضاء إليه والفرق لمحمد بين حجر السفيه حيث لا يتوقف إلى قضاء القاضي وبين حجر المديون حيث يتوقف إلى قضاء القاضي هو أن حجر السفيه لمعنى فيه وهو سوء اختياره لا لحق الغير فأشبه الجنون وثمة ينحجر بنفس الجنون ولا يتوقف على القضاء فكذا هنا، فأما الحجر بسبب الدين فليس لمعنى فيه بل لحق الغرماء حتى لا يتلف حقهم بتصرفه فيتوقف على القاضي لأن له ولاية عليه فيعمل حجره اهـ **قوله: (لاستجلاب قلوب المجاهزين)** بالزاي اهـ **قوله: (وعلى هذا الخلاف إلخ)** يعني أن عند محمد ينحجر بمجرد السفيه وعند أبي يوسف لا ينحجر ما لم يقض القاضي اهـ غاية. هذه القولة التي نبهنا عليها عند قوله فقد صار بذلك جداً وذلك قبل ثلاث قولات. **قوله: (وإن أعتق عبداً عتق عندهما)** قال الإتقاني: وإنما خص صاحب الهداية قول أبي يوسف ومحمد لأنه فرّع على أصلهما لاعلى أصل أبي حنيفة لأن عند أبي حنيفة إعتاق السفيه كإعتاق المصلح لا سعاية على العبد عنده لأن الحجر على السفيه المكلف باطل عنده وإنما السعاية عليه عندهما فلهذا قال: نفذ عتقه عندهما وكان على العبد أن يسعى في قيمته ووجوب السعاية عليه عندهما ظاهر الرواية عنهما كذا ذكره الإمام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ثم قال: ذكر الطحاوي عن محمد الرجوع عن ذلك وقال: إن العبد يعتق من غير سعاية ثم قال: وهذا

تصرف يؤثر فيه الهزل وهو مما يحتمل الفسخ يؤثر فيه السفه والعتق لا يؤثر فيه الهزل فينفذ من السفيه، وعند الشافعي الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بالرق حتى لا ينفذ بعد الحجر شيء من تصرفاته سوى الطلاق كالعبد وإذا نفذ عندهما فعلى العبد أن **يسعى في قيمته عند محمد وهو قول أبي يوسف رحمه اللّٰه الأول** لأن الحجر على السفيه كالحجر على المريض فإنه لأجل النظر لغرمائه وورثته ثم هناك إذا أعتق عبداً وجب عليه السعاية لغرمائه أو لورثته في ثلثي قيمته إن لم يكن عليه دين ولا مال له غيره، لأن الردّ واجب لمعنى النظر وتعذر ردّ عينه فيجب نقضه معنى بإيجاب السعاية فكذا هنا، وفي قول أبي يوسف الأخير وهو رواية عن محمد رحمه اللّٰه ليس عليه سعاية لأنه لو سعى يسعى لمعتقه والمعتق لا تلزمه السعاية لحق معتقه بحال وإنما تلزمه السعاية لأجل غيره ولو دبر عبده جاز تدبيره لأن التدبير يوجب حق العتق للمدبر فيعتبر بحقيقة العتق إلا أنه في التدبير **لا تجب عليه السعاية ما دام المولى حياً** لأنه بعد صحة التدبير مال مملوك للمولى فيستخدمه، ولا يمكن إيجاب نقصان التدبير عليه لأنه باق على ملكه والمولى لا يستوجب على عبده ديناً فتعذر إيجاب النقصان عليه، ألا ترى أنه لو دبر عبده بمال وقبل العبد صح التدبير ولم يجب عليه المال فإن مات المولى ولم يؤنس منه الرشد سعى في قيمته مدبراً لأنه بموت المولى عتق ولأنه أعتقه في حياته **فعليه السعاية في قيمته مدبراً** لأن العتق لاقاه مدبراً، كما لو أعتقه بعد التدبير وإن جاءت جاريته بولد فادّعاه ثبت نسبه منه **وكان الولد حراً** والأمة أمّ ولد له لأن في إلحاقه بالمصلح في حق الاستيلاد توفير النظر لاحتياجه إلى ذلك لإبقاء نسله وصيانة مائه ويلتحق في هذا الحكم بالمريض المديون إذا ادّعى نسب ولد أمته كان هو في ذلك كالصحيح حتى أنها تعتق من جميع ماله بموته ولا تسعى هي ولا ولدها في شيء لأن حاجته مقدّمة على حق الغرماء بخلاف ما لو أعتقها من غير أن يدعي الولد ولو لم يكن معها ولد فقال: هذه أمّ ولدي/ كانت بمنزلة أم الولد [١٣٣ ب/٣] لا يقدر على بيعها فإن مات سعت في كل قيمتها بمنزلة المريض إذا قال لأمته وليس معها ولد: هذه أم ولدي وهذا لأنه إذا كان معها ولد فثبوت نسب الولد بمنزلة الشاهد

غير ظاهر اهـ إتقاني. **قوله: (يسعى في قيمته عند محمد وهو قول أبي يوسف الأول)** وفي قول أبي يوسف الأخير وهو رواية عن محمد لا سعاية موافق لما مشى عليه في المبسوط كما نبه عليه الكاكي اهـ **قوله: (لا تجب عليه السعاية ما دام المولى حياً)** أي لأنه لا يمكن إيجاب السعاية على عبده له لعدم الفائدة لأنه لو سعى له سعى له من كسبه وكسبه له اهـ إتقاني. **قوله: (فعليه السعاية في قيمته مدبراً)** أي لورثته لأنه صار معتقاً إياه وهو مدبر بالكلام السابق وكذلك إن أعتقه بعد التدبير اهـ إتقاني. **قوله: (وكان الولد حرّا)** أي في غير سعاية اهـ غاية.

لها في إبطال حق الغير وكذا في رفع حكم الحجر في تصرفه بخلاف ما إذا لم يكن معها ولد لأنها لا شاهد لها فإقراره لها بحق العتق بمنزلة الإقرار لها بحقيقة العتق، ولا يقدر على بيعها بعد ذلك وتسعى في قيمتها بعد موته كما لو أعتقها في حال حياته، وإن تزوّج امرأة جاز نكاحه لأنه لا يؤثر فيه السفه فإن سمى لها مهراً جاز منه مقدار مهر مثلها **وبطل الفضل** لأن التزوج من حوائجه الأصلية ومن ضرورة صحة النكاح وجوب المهر فيلزم منه قدر مهر المثل لأنه من ضرورات صحته وما زاد عليه يلزمه بالتسمية، وهو ليس من أهل التزام المال وإن طلقها قبل الدخول وجب لها نصف المسمى لأن التسمية صحيحة في مقدار مهر المثل وكذا لو تزوج أربع نسوة **أو تزوّج كل يوم واحدة فطلقها**، وتخرج الزكاة من مال السفيه وينفق عليه وعلى ولده وزوجته ومن تجب عليه نفقته من ذوي أرحامه من ماله لأن إحياء ولده وزوجته من حوائجه الأصلية والإنفاق على ذي الرحم المحرم واجب عليه حقاً لقرابته، والسفه لا يبطل حقوق الناس ولا حقوق اللّه تعالى **إلا أن القاضي** يدفع إليه قدر الزكاة ليفرّقها بنفسه على الفقراء، لأن الواجب عليه الإيتاء وهو عبارة عن فعل يفعله هو عبادة ولا يحصل ذلك إلا بنيته **ويدفع القاضي** معه أميناً كي لا يصرفها إلى غير المصرف **ويسلم القاضي النفقة** إلى أمينه ليصرفها إلى مستحقها لأنه لا يحتاج فيها إلى النية فاكتفى فيها بفعل الأمين، ولو حلف وحنث أو نذر نذراً من هدي أو صدقة أو ظاهر من امرأته لا يلزمه المال **ويكفر يمينه وغيرها بالصوم** لأنه مما يجب بفعله ولو فتح له هذا الباب

قوله: (**وبطل الفضل**) وهذا على مذهبهما لأن عند أبي حنيفة تصرف السفيه المحجور عليه كتصرف المصلح فلا يبطل الفضل اهـ إتقاني. **قوله**: (**أو تزوج كل يوم واحدة فطلقها**) قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: وبهذا يبطل مذهبهما فإنه يتسفه في هذا ويتصوّر السفه عادة من هذا الوجه ومع ذلك لا يحجران عليه، ثم قال: لكنهما يقولان السفه ليس بمعتاد بهذا الطريق لأن السفه المعتاد ما يحصل به نوع غرض صحيحاً كان أو فاسداً وليس في الطلاق قبل الدخول على وجه لا يحصل إليه لذة أو راحة غرض وبعد الدخول إن تحقق غرض لكنه محصور لا يتصوّر له المجاوزة عن حدّه والسفه مجاوزة عن الحدّ في كل باب أو يقال بأنه لا يمكن ردّه بعذر السفه لأن طريق ردّه أن يلحقه بالهازل والهازل والجادّ في هذا سواء اهـ إتقاني. **قوله**: (**إلا أن القاضي إلخ**) قال الإتقاني: إلا أنه لا يدفع الزكاة إلى السفيه حتى يؤدّي بنفسه لأنه ربما يفسد ذلك ولا يصرفه إلى الفقراء ولكن يدفعه إلى أمينه ثم يأمره المحجور بأن يصرفه إلى الفقراء لأن الزكاة لا تتأدّى من غير نية اهـ **قوله**: (**ويبعث القاضي**) الذي بخط الشارح ويدفع القاضي اهـ **قوله**: (**ويسلم القاضي النفقة**) أي نفقة ولد السفيه وزوجته ومن يجب عليه نفقته اهـ **قوله**: (**ويكفر يمينه وغيرها**

لبذر أمواله بهذا الطريق بخلاف ما يجب ابتداء بغير فعله، وإن أراد حجة الإسلام لم يمنع منها لأنها واجبة بإيجاب اللّه تعالى ابتداء وليس له فيها صنع وفي الفرائض هو ملحق بالمصلح إذ لا تهمة فيه، ولا يسلم القاضي النفقة إليه **بل يسلمها إلى ثقة** من الحاج ينفقها عليه في الطريق بالمعروف كي لا يبذر ولا يسرف، ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحساناً والقياس أن يمنع لأنها تطوّع فصارت كالحج تطوّعاً، وجه الاستحسان أنها واجبة عند بعض العلماء فيمكن منها احتياطاً بخلاف ما زاد على حجة واحدة ولا يمنع من القران لأنه إذا لم يمنع من إنشاء السفر لكل واحد منهما على الانفراد فلأن لا يمنع من الجمع بينهما في سفر واحد، والمؤنة تقلّ فيه أولى وأحرى ولا يمنع من أن يسوق بدنة تحرزاً عن موضع الخلاف فإن ابن عمر رضي اللّه عنهما لا يجوّز إلا البدنة وإن جنى في إحرامه ينظر إن كان جناية يجزي فيها الصوم كقتل الصيد والحلق عن أذى ونحو ذلك لا يمكن من التكفير بالمال بل يكفر بالصوم. وإن كان جناية لا يجزي فيها الصوم كالحلق من غير ضرورة والتطيب وترك الواجبات فإنه يلزمه الدم، ولكن لا يمكن من التكفير في الحال بل يؤخر إلى أن يصير

بالصوم) يصوم عن كل يوم ثلاثة أيام متتابعات اهـ غاية. وكتب ما نصه قال الإتقاني رحمه اللّه: ثم عندهما لو ظاهر هذا المفسد من امرأته أجزأه الصوم لأنه بمنزلة الغائب عن ماله ولو أعتق عبده عن ظهار سعى الغلام في جميع قيمته لأن إعتاقه من حيث إنه إتلاف ماله، واجب النقض ثم لا يجزيه عن ظهاره لأنه يكون إعتاقاً بعوض وكذلك عليه كفارة القتل بالصوم لما قلنا، ألا ترى أن المريض المصلح لو أعتق عبده عن ظهار أو قتل ولا مال له غيره ثم مات في مرضه سعى الغلام في ثلثي قيمته ولم يجزه عن الكفارة للسعاية التي وجبت كذا هذا فإن صام المفسد أحد الشهرين ثم صار مصلحاً لم يجزه إلا العتق بمنزلة معسر أيسر لأنه لا يمنع عنه ماله حينئذ فصار قادراً على الإعتاق بلا سعاية قبل حصول المقصود بما جعل خلفاً في الكفارة فبطل حكم الخلف كذا في شرح الكافي اهـ **قوله: (بل يسلمها إلى ثقة)** وهذا كما قال في زكاة المال أنه يجب على السفيه إلا أن الحاكم لا يعطيه الزكاة حتى يؤدّي بنفسه كي لا يفسد ذلك فيقول: ضاع مني فيطلب آخر ثم وثم حتى يأتي على ماله ولكن يدفع إلى أمينه حتى يعطي الفقراء بأمره فكذلك هذا اهـ إتقاني. (فرع) قال الإتقاني: ثم لا يصدّق السفيه في إقراره وبالنسب إذا كان رجلاً إلا في أربعة أشياء في الوالد والولد والزوجة ومولى العتاقة لأن السفيه والمصلح في حق إثبات النسب سواء والمصلح إنما يصدق في إقراره بالنسب في الأربعة التي ذكرنا لأنه يقر على نفسه، فأما فيما عدا ذلك فلا يصدق لأنه تحميل النسب على الغير فكذا هذا وإن كانت المفسدة امرأة فإنها تصدق في ثلاثة أشياء بالوالد والزوج ومولى العتاقة ولا تصدق في الولد لأنه

مصلحاً بمنزلة الفقير الذي لا يجد مالاً أو العبد المأذون له في الإحرام وكذا لو جامع امرأته بعد الوقوف بعرفة يلزمه بدنة ثم يتأخر إلى أن يصير مصلحاً، وإن أوصى بوصايا في القرب وأبواب الخير جاز ذلك من ثلث ماله إن كان له وارث. وهذا استحسان والقياس أن لا تجوز وصيته كما في تبرعاته حال حياته، وجه الاستحسان أن الحجر عليه لمعنى النظر له كي لا يتلف ماله ويبقى كلا على غيره/ وذلك في حياته فيما [١٣٤/١ ٣] يتلف جميع ماله لا فيما ينفذ من الثلث بعد وفاته حال استغنائه عن ماله وفيها ما فيها من الثواب الجزيل والذكر بعد وفاته بالجميل، هذا إذا كانت الوصية منه موافقة لوصايا أهل الخير والصلاح نحو الوصية بالحج أو للمساكين أو بشيء من أنواع البر التي يتقرب بها إلى الله تعالى ويستحسنه المسلمون كالوصية ببناء المساجد والأوقاف والقناطر والجسور وأما إذا أوصى بوصايا يستقبحه المسلمون فلا ينفذ **قال محمد** رحمه الله: **المحجور بمنزلة الصبي** إلا في أربعة أحدها أن تصرف الوصي في مال الصبي جائز وفي مال المحجور عليه باطل، والثاني أن إعتاق المحجور وتدبيره وطلاقه ونكاحه جائز ومن الصبي باطل، والثالث المحجور عليه إذا أوصى بوصية

تحميل النسب على غيرها في الولد وهي والمصلحة في ذلك سواء، ثم إذا صدق في إقراره في حق هؤلاء إن ثبت عسر هؤلاء بالبينة فإنه يجب النفقة في ماله، وإن لم يثبت عسرهم بالبينة ولكن السفيه أقر بعسرهم فإنه لا تجب النفقة وذلك لأن نفقة الأقارب إنما تستحق بالقرابة والعسر فيضاف الاستحقاق إلى آخرهما ثبوتاً ومتى كان العسر ثابتاً وآخرهما ثبوتاً النسب فيكون مقرّاً بالنسب لا بالمال على نفسه وإقراره بالنسب جائز فإذا أقرّ بالعسر بعد النسب يكون وجوب النفقة مضافاً إلى العسر، وإذا كان مضافاً إليه فقد جعل مقرّاً بإيجاب مال على نفسه لا بالنسب فلا يصدق، وكذلك إن أقرّ للمرأة بنفقة ما مضى لم يصدق إلا ببينة لأن نفقة المرأة لا تصير ديناً فيما مضى إلا بقضاء أو رضا، ولم يعرف ذلك إلا بقوله فيصير مقرّاً بإيجاب دين على نفسه فلا يصدق إلا أن تقوم على ذلك بينة لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة كذا ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه اهـ **قوله: (قال محمد المحجور بمنزلة الصبي إلخ)** قال الإتقاني: وقد اشتغل محمد رحمه الله في كتاب الحجر إلى آخر الكتاب بالتفريع على مذهبه فقال: هو بمنزلة الصبي الذي لم يبلغ إذا باع أو اشترى فأجازه الحاكم يجوز و ما لا فلا لأن تصرفاته ليست بباطلة بل هي موقوفة لاحتمال وقوعها مصلحة فإذا رأى القاضي وقوعها مصلحة يجيزها وإلا يردّها بمنزلة الصبي الذي يعقل إلا أنه يفارقه في خصال أربعة لا يجوز لوصيه ولا لأبيه أن يبيع عليه ماله ولا يشتري له إلا بأمر الحاكم وفي الذي لم يبلغ يملك ذلك وصيه وأبوه وهذا عندنا، وقال الشافعي: يملك عليه وليه التصرف لأن الولاية للقريب فإن لم يكن فللقاضي فنقول: أن الولاية تثبت على العاجز

جازت وصيته من ثلث ماله **ومن الصبي لا تجوز** والرابع جارية المحجور عليه إذا جاءت بولد فادّعاه ثبت نسبه منه ومن الصبي لا يثبت.

قال رحمه اللّه: (وفسق) أي لا يحجر عليه بسبب فسق وهو معطوف على قوله لا بسفه وقال الشافعي رحمه اللّه: يحجر عليه بسبب الفسق زجراً له وعقوبة عليه، كالسفيه عنده فإنه يحجر عليه زجراً له وعقوبة على إسرافه والفاسق أولى بذلك ولهذا لم يجعله أهلاً للولاية والشهادة وعندهما حجر السفيه للنظر له صيانة لماله والفاسق مصلح لماله فيدخل تحت قوله تعالى: ﴿فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾ [النساء:٦] لأن رشداً نكرة في سياق الشرط فتعم فتتناوله الآية لأن الرشد المذكور في الآية الإصلاح في المال دون الإصلاح في الدين والاعتقاد، ألا ترى أن الكافر لا يحجر عليه وأيّ فسق يكون أعظم منه ولو كان الفسق موجباً للحجر لحجر النبي ﷺ والخلفاء بعده على الكافر إذ هو أعظم وجوه الفسق ولا يخفى على أحد فساد هذا القول.

قال رحمه اللّه: (وغفلة) أي لا يحجر على الغافل بسبب غفلة وهو ليس

وهذا قادر ولكن مع قدرته يمنع من التصرف تأديباً وتثقيفاً وولاية التأديب تكون للقضاة، والخصلة الثانية إذا أعتق عبداً جاز إعتاقه ويسعى في قيمته وكذا لو دبره يصح تدبيره، ولو مات عنه يسعى في قيمته مدبراً وإعتاق الذي لم يبلغ لا يصح أصلاً لعدم أهليته والخصلة الثالثة أن وصايا الغلام الذي قد بلغ مفسداً من التدبير وغيره باطلة قياساً ولكن نستحسن أن ما وافق الحق منها وما تقرب به إلى اللّه تعالى وما يكون في غير وجه الفسق جائز كما تجوز وصية غيره وما يكون سفهاً لا يجوز وأما وصايا الذي لم يبلغ لا تجوز أصلاً، لأن فساد ذلك لعدم الأهلية وفساد هذا لسفهه فما وافق الحق لا يوصف بالسفه فينفذ وما خالفه يردّ، والخصلة الرابعة إذا جاءت جاريته بولد فادّعاه يثبت نسبه وكانت الجارية أم ولد له، فإن ماتت كانت حرة لا سبيل عليها بخلاف الذي لم يبلغ لأنه ليس من أهل الإيلاد كذا ذكر شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي فأما شيخ الإسلام خواهر زاده ذكر في مبسوطه من جملة الخصال الأربعة النكاح والطلاق فقال: يجوز نكاح السفيه ولا يجوز نكاح الصبي العاقل ويجوز طلاق السفيه ولا يجوز طلاق الصبي العاقل ولم يذكر الوصايا وادعاء الولد فعلى هذا تكون الخصال التي افترق فيها السفيه والصبي ستة اهـ **قوله: (ومن الصبي لا تجوز)** قال قارئ الهداية ومن خطه نقلت فيه نظر على ما ذكر في المبسوط لكن ما ذكره الشارح موافق لما ذكر في كتب الأصول من عدم صحة وصيته عندنا خلافاً للشافعي رحمه اللّه اهـ ما نقلته من خط قارئ الهداية وقال في معراج الدراية: ثم اعلم أن عندنا كما تصح وصايا المحجور بالسفه تجوز وصايا الصبي إذا عقل ما يصنع فهما سواء في التصرفات إلا

بمفسد ولا يقصده لكنه لا يهتدي إلى التصرفات الرابحة فيغبن في البياعات لسلامة قلبه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله يحجر عليه كالسفيه صيانة لماله ونظراً له، ألا ترى أن أهل منقذ طلبوا من النبي ﷺ أن يحجر عليه فأقرهم على ذلك ولم ينكر عليهم ولو لم يكن الحجر مشروعاً لأنكر عليهم قلنا: الحديث دليل لنا لأنه عليه الصلاة والسلام لم يجبهم إلى ذلك وإنما قال له: «قل لا خلابة» الحديث، ولو كان الحجر مشروعاً لأجابهم إليه وقولهم لم ينكر عليهم قلنا: النفي لا يحاط بالعلم ولعله أنكر عليهم إلا أنه لم ينقل إلينا وعدم النقل لا يدل على عدم الوقوع، فكم من واقعات لم تنقل إلينا بل الظاهر أنه أنكر عليهم وما نقل إلينا من عدم إجابته ومخالفته لهم بالفعل دليل عليه.

قال رحمه الله: (ودين وإن طلب غرماؤه) أي لا يحجر عليه بسبب دين ولو طلب غرماؤه الحجر عليه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله لأن في الحجر إهدار أهليته وإلحاقه بالبهائم وذلك ضرر عظيم، فلا يجوز إلحاقه به لدفع ضرر خاص ولا يتصرف الحاكم في ماله لأنه حجر عليه، ولأن البيع لا يجوز إلا بالتراضي بالنص فيكون باطلاً.

قال رحمه الله: (وحبس ليبيع ماله في دينه) **لأن قضاء الدين واجب عليه** والمماطلة ظلم فيحبسه الحاكم دفعاً لظلمه وإيصالاً للحق إلى مستحقه ولا يكون ذلك إكراهاً على البيع، لأن المقصود من الحبس الحمل على قضاء الدين بأي طريق كان إن شاء ببيع ماله وإن شاء بسبب آخر فلا يكون ذلك إكراهاً على البيع عيناً، **وقالا: إذا طلب غرماء المفلس** الحجر عليه حجر عليه القاضي وباع ماله إن امتنع من بيعه وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص ومنعه من تصرف يضر بالغرماء كالإقرار وبيعه / [١٣٤ ب/٣] بأقل من قيمته لما روي أن معاذاً ركبه دين «فباع رسول الله ﷺ ماله وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص»(١) ولأن في الحجر عليه نظراً للغرماء كي لا يلحق بهم الضرر بالإقرار والتلجئة، **وهو أن يبيعه** من إنسان عظيم لا يمكن الانتزاع منه أو بالإقرار

في أربعة مواضع منها أنه يجوز للأب ولوصيه أن يتصرف في مال الصبي بالبيع والشراء ولا يجوز في حق السفيه البالغ، وثانيها أنه يجوز نكاح السفيه ولا يجوز نكاح الصبي العاقل بلا إذن، وثالثها أن طلاق السفيه وعتاقه يصح وفي الصبي العاقل لا يصح، ورابعها يصح للسفيه تدبير عبده وللصبي العاقل لا يصح الكل من المبسوط والمغني اهـ **قوله: (لأن قضاء الدين واجب عليه)** وإن كان له عقار حبس لبيعه وإن كان لا يشتري إلا بثمن قليل اهـ قنية. **قوله: (وقالا: إذا طلب غرماء المفلس إلخ)** ولا يعمل الحجر فيما يحدث من المال بخلاف الحجر بسبب السفه حيث يعم الموجود والحادث اهـ فتاوى تمرتاشي في القضاء. **قوله:**

---

(١) أخرجه البيهقي موقوفاً على عمر بن الخطاب في سننه (٦/ ٤٩).

له ثم ينتفع به من جهته على ما كان ولأن البيع واجب عليه لايفاء دينه حتى يحبس عليه فإذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة والإباء عن الإسلام. قلنا: التلجئة موهومة والواجب عليه قضاء الدين والبيع ليس بطريق معين لذلك بخلاف الجب والعنة والإباء، لأن الواجب عليه الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان فإذا امتنع الإمساك بالمعروف تعين الآخر والبيع غير متعين لقضاء الدين فلا ينوب القاضي فيه منابه كالمديون إذا كان معسراً فإن القاضي لا يؤجره ليقضي من أجرته الدين أو كانت امرأة لا يزوّجها ليقضي دينها من مهرها والحبس ليقضي الدين من أيّ طريق شاء من استقراض واتهاب وسؤال صدقة وبيع ماله بنفسه لا ليبيع فقط ولأن بيع ماله لو جاز للقاضي لما جاز له حبسه، لأن فيه إضراراً بهما بتعذيب المدين وتأخير حق الطالب بلا فائدة فيكون ظالماً، وبيع النبي ﷺ مال معاذ كان باذنه استعان بالنبي ﷺ والدليل عليه أن بيع ماله لا يجوز حتى يأمره ويأبى ولا يظن بمعاذ أنه خالف أمر النبي ﷺ حاشاه، ولأن من شرط جواز البيع التراضي لقوله تعالى: ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ [البقرة:١٨٨] ولم يوجد الرضا فكان فعل الحاكم باطلاً. وقال عليه الصلاة والسلام: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه»[١] ونفسه لا تطيب بفعل القاضي بغير رضاه فصار كالإجارة والتزويج على ما ذكرنا.

قال رحمه اللّه: (ولو ماله ودينه دراهم قضى بلا أمره) وكذا إذا كان كلاهما دنانير لأن للدائن أن يأخذه بيده إذا ظفر بجنس حقه بغير رضا المدين فكان للقاضي أن يعينه.

قال رحمه اللّه: (ولو دينه دراهم وله دنانير أو بالعكس بيع في دينه) وهذا بالإجماع أما عندهما فظاهر وأما عند أبي حنيفة رحمه اللّه تعالى فاستحسان، والقياس أن لا يجوز للقاضي بيعه لما ذكرنا أن هذا الطريق غير متعين لقضاء الدين فصار كالعروض، وجه الاستحسان أنهما متحدان جنساً في الثمنية والمالية ولهذا يضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة مختلفان في الصورة حقيقة وحكماً، أما حقيقة فظاهر، وأما حكماً فلأنه لا يجري بينهما ربا الفضل لاختلافهما فبالنظر إلى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر إلى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الأخذ عملاً بالشبهين بخلاف العروض لأن الأغراض تتعلق بصورها وأعيانها وليس للقاضي

(وهو أن يبيعه) أي بيع تلجئة اهـ إتقاني. قال المطرزي: التلجئة أن يلجئك أي يضطرك

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٢٠١٧٢).

إلحاق الضرر ببعضهم يمنع غرضه في ملكه، وأما النقود فوسائل لأن المقصود فيها المالية دون العين فافترقا.

قال رحمه الله: (ولم يبع عرضه وعقاره) أي لا يبيع القاضي عرض المدين وعقاره وهذ عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يبيع وقد بيناه، ثم عندهما يبدأ القاضي ببيع النقود لأنها معدّة للتقلب ولا ينتفع بعينها فيكون بيعها أهون على المدين فإن فضل شيء من الدين باع العروض لأنها قد تعدّ للتقلب والاسترباح فلا يلحقه كبير ضرر في بيعها فإن لم يف ثمنها بالدين باع العقار لأن العقار يعدّ للاقتناء فيلحقه ضرر ببيعه/ فلا يبيعه إلا عند الضرورة، وهذا نظير صرف الدين إلى أموال [١٣٥ أ/٣] الزكاة فإنه يصرف أوّلاً إلى النقدين ثم إلى العروض ثم إلى الأهون فالأهون قضاء، وهذا الذي ذكره هو إحدى الروايتين عنهما، وقال بعضهم: يبدأ القاضي ببيع ما يخشى عليه التوى من عروضه ثم ما لا يخشى عليه التلف منه ثم يبيع العقار فالحاصل أن القاضي نصب ناظراً له فينبغي له أن ينظر إلى المدين كما ينظر إلى الدائن فيبيع ما كان أنظر إليه وبيع ما يخشى عليه التلف أنظر له **ويترك عليه دست** من ثياب بدنه ويباع الباقي لأن به كفاية **وقيل: يترك له دستان** لأنه إذا غسل ثيابه لا بدّ له من ملبس، وقالوا: إذا كان للمدين ثياب يلبسها ويكتفي بدون ذلك فإنه يبيع ثيابه ويقضي الدين ببعض ثمنها ويشتري بما بقي ثوباً يلبسه لأن قضاء الدين فرض عليه فكان أولى من التجمل، وعلى هذا إذا كان له مسكن ويمكنه أن يجتزئ بما دون ذلك يبيع ذلك المسكن ويقضي ببعض ثمنه الدين ويشتري بالباقي مسكناً يكفيه، وعن هذا قال مشايخنا رحمهم الله يبيع ما لا يحتاج إليه في الحال حتى يبيع اللبد في الصيف والنطع في الشتاء، وإن أقرّ في حالة الحجر بمال **لزمه ذلك بعد قضاء الديون** لأنه تعلق بهذا المال حق الأوّلين فلا يتمكن من إبطال حقهم بالإقرار به لغيرهم **بخلاف ما إذا استهلك** مالاً لغيرهم حيث يزاحمهم صاحب المال المستهلك لأنه فعل حسي، والحجر لا يصح في الأفعال الحسية وهو مشاهد فيشاركهم لانتفاء التهمة بخلاف الإقرار، لأن

ويكرهك أمر إلى أن تأتي أمراً باطنه خلاف ظاهره اهـ إتقاني. **قوله**: (**ويترك عليه دست**) أي بدلة اهـ والدست لفظ فارسي استعمله فقهاء بخارى وسمرقند في كتبهم اهـ إتقاني. **قوله**: (**وقيل: يترك له دستان**) نقل الإتقاني عن الفتاوى الصغرى المختار أن يبقى له دستين من الثياب، ثم قال وقال الصدر الشهيد في شرح أدب القاضي وقال بعضهم: يترك دستاً من الثياب ويبيع الباقي وهو مختار شمس الأئمة الحلواني وقال بعضهم: يترك دستين وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي اهـ **قوله**: (**لزمه ذلك بعد قضاء الديون**) قال في شرح الأقطع: وهذا على قولهما اهـ إتقاني. **قوله**: (**بخلاف ما إذا استهلك**) أي المحجور الدين اهـ **قوله**:

اعتباره شرعي فأمكن الحجر فيه ولأنه غير مشاهد فيحتمل أن يكون كاذباً فيردّ إقراره للتهمة حتى لو كان سبب وجوب الدين ثابتاً عند القاضي بعلمه أو بشهادة الشهود شارك الغرماء ولو استفاد مالاً آخر بعد الحجرنفذ إقراره فيه لأن الحجر ثبت لصيانة محل قضاء حق الغرماء وحقهم تعلق بالمال القائم في يده وقت الحجر لا بالمستفاد بعده، وينفق على المدين المحجور وعلى زوجته وأولاده الصغار وذوي أرحامه من ماله لأن حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء.

قال رحمه اللّه: (وإفلاس) أي لا يحجر عليه بسبب الإفلاس **بل يحبس حتى يظهر للقاضي** أنه لا مال له فإذا ظهر له ذلك أخرجه من الحبس وقد ذكرنا الحبس وما يحبس فيه من الديون وكيفية الحبس وقدره وبدين من يحبس في كتاب القضاء، ثم إذا أخرجه من الحبس لا يحول بينه وبين غرمائه بعد الإخراج **بل يلازمونه** عند أبي حنيفة رحمه اللّه لقوله عليه الصلاة والسلام: «لصاحب الحق اليد واللسان»[١] أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي، ويأخذون فضل كسبه ويقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوّة ولو قدّم البعض على البعض في القضاء جاز لأنه تصرف في خالص ملكه ولم يتعلق لأحد حق في ماله وإنما حقه في ذمّته فله أن يؤثر من شاء من غرمائه ذكره في النهاية وعزاه إلى الذخيرة وذاك إلى فتاوى النسفي ولا يمنعونه من التصرف والسفر حالة الملازمة ولا يجلسونه في مكان لأنه حبس بل يدور هو حيث شاء ويدورون معه لأنه بذلك يتمكن من التحصيل لقضاء الدين والحبس غير مستحق عليه بعد إخراجه منه ولو دخل داره لحاجته قال في الهداية: لا يتبعه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج لأن الإنسان لا بدّ أن يكون له موضع خلوة، وقال في الزيادات: إذا لم يأذن له في الدخول يحبسه على باب الدار ويمنعه من الدخول كي لا يختفي أو يهرب من جانب آخر فيفوت ما هو المقصود من الملازمة، وقال في النهاية: ليس لصاحب / الحق أن يمنع الملزوم أن يدخل في بيته لغائط أو غداء إلا إذا [١٣٥ب/٣] أعطاه الغداء أو أعدّ له موضعاً آخر لأجل الغائط فحينئذ له أن يمنعه من ذلك حتى لا

(بل يحبس حتى يظهر للقاضي إلخ) وإذا قامت البينة على إفلاس المحبوس لا يشترط لسماعها حضرة رب الدين لكنه إذا كان حاضرا أو وكيله فالقاضي يطلقه بحضرته وإن لم يكن حاضراً يطلقه بكفيل اهـ قنية. **قوله: (بل يلازمونه إلخ)** ومن عليه دين مؤجل لا يمنع من السفر وإن قرب حلوله اهـ مشتملة. **قوله: (ولكن له أن يلزمه إلخ)** قال في الواقعات: رجل قضى عليه بحق لإنسان فأمر غلامه أن يلازم الغريم فقال الغريم: لا أجلس معه بل أجلس

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية رواه الدارقطني في سننه (٤٧٢٣).

يهرب، وفيه إذا كان عمل الملزوم سقي الماء ونحوه ليس لصاحب الحق أن يمنعه من ذلك، **ولكن له أن يلزمه** أو يلزمه نائبه أو أجيره أو غلامه إلا إذا كفاه نفقته ونفقة عياله وأعطاه فحينئذ كان له أن يمنعه عن ذلك لأنه لا ضرر على الملزوم في هذه الصورة، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إذا فلسه الحاكم حال بينه وبين غرمائه إلا أن يقيموا البينة أن له مالاً لقوله تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ [البقرة: ٢٨٠] وقد ثبتت عسرته فوجب إنظاره قلنا: دينه ثابت في ذمته وذلك يجوزّ متابعته والآية توجب الأنظار إلى الميسرة ونحن نقول به لأنه لا يطالبه بشيء من حقه حتى يثبت أنه قد حصل له مال وإنما يلازمه ليأخذ ما يحصل له من المال لأن المال غاد ورائح فيمكن أن يحصل له في كل ساعة وفي كل لحظة، والملازمة لا تنافي النظرة إلى الميسرة ولأن وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق حقيقة إذ العدم لا يحاط بالعلم وإنما يثبت بالاستدلال على ظاهر حاله فيمكن أن يكون له مال قد أخفاه عن الغرماء لأن كثيراً من الناس يتزيون بزي الفقراء وهم أغنياء فيلازمونه لاحتمال أن يظهر لهم ماله، وقوله: إلا أن يقيموا البينة أن له مالاً إشارة على أن بينة اليسار تترجح على بينة الإعسار لأنها أكثر إثباتاً لأنها تشهد بالوجود والأخرى بالنفي فالبينة المثبتة أولى من النافية وكان ينبغي أن لا تقبل النافية أصلاً لما ذكرنا لكن قبلت استحساناً بعد الحبس لا قبله لأنها توجب بالانضام إلى الحبس طمأنينة القلب فتقبل فيه احتياطاً، وإن قالوا: إنه كثير العيال ضيق الحال كان شهادة بالإثبات فتقبل بلا شبهة وفي النهاية قال محمد رحمه الله: للمدّعي أن يحبسه في مسجد حيه وإن شاء في بيته لأنه ربما يطوف به في الأسواق والسكك من غير حاجة وفي ذلك ضرر للمدّعي، وفي رواية أخرى عنه لصاحب الحق أن يلزم مديونه المعسر حيث أحب من المصر وإن كان الملزوم **لا معيشة له إلا من كدّ يده** لم يكن له أن يمنعه من الذهاب ومن أن يسعى في مقدار قوته يوماً فيوماً فإذا اكتسب ذلك في يومه فله أن يمنعه عن الذهاب في ذلك ويحبسه، قال هشام رحمه الله: سألت محمداً رحمه الله عن رجل أخرج من الحبس على تفليس فرأى محمد الملازمة مع التفليس وأشار إلى المعنى فقال: لعل عنده شيئاً لا علم لنا به، فقال هشام: قلت له فإن كانت الملازمة تضر بعياله وهو ممن يكتسب في سقي الماء في طوفه قال آمر صاحب الحق أن يوكل غلاماً له يكون معه ولا أمنعه عن طلب قدر قوت يومه ولعياله. وكذلك إن كان يعمل في سوقه، قال

مع المدّعي فله ذلك لأنه ربما لا يرضى بالجلوس مع العبيد فيكون عليه في ذلك زيادة ضرر اهـ إتقاني. **قوله: (لا معيشة له إلا من كدّ يده)** قال ابن الأثير: الكدّ الأتعاب يقال: كدّ يكدّ في عمله كدّاً إذا استعجل وتعب اهـ

صاحب الهداية: ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار إلى الطالب لأنه أبلغ في حصول المقصود لاختياره الأضيق والأشق عليه إلا إذا علم القاضي أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بأن لا يمكنه من دخول داره وحده فحينئذ يحبسه دفعاً للضرر عنه، وهذا الذي ذكره يستقيم قبل الحبس وبعده لا يستقيم لأنه لا يحبسه مرة أخرى بعدما أخرجه من الحبس وكان الكلام فيه، ولو كان الدين لرجل على امرأة لا يلازمها لما فيها من الخلوة بالأجنبية لكن يبعث امرأة أمينة تلازمها.

قال رحمه الله: (وإن أفلس مبتاع عين فبائعه أسوة الغرماء) أي لو اشترى متاعاً فأفلس والمتاع قائم في يده فالذي باعه المتاع أسوة الغرماء فيه مراده بعد قبض المشتري المتاع بإذن البائع وإن/ كان قبل القبض فللبائع أن يحبس المتاع حتى [١٣٦ أ/٣] يقبض الثمن وكذا إذا قبضه المشتري بغير إذنه كان له أن يستردّه ويحبسه بالثمن، وقال الشافعي رحمه الله: للبائع الفسخ وأخذ متاعه قبل القبض وبعده لحديث سمرة أنه عليه االصلاة والسلام قال: «من وجد متاعه عند مفلس بعينه فهو أحق به»(١) رواه أحمد، وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره»(٢) رواه مسلم والبخاري وجماعة أخر ولأن المشتري عجز عن تسليم أحد بدلي العقد وهو الثمن فيثبت للبائع حق الفسخ كما لو عجز عن تسليم المبيع بالإباق ونحوه، والجامع بينهما أنه عقد معاوضة فيقتضي المساواة وكالسلم فإنه إذا انقطع المسلم فيه يثبت لرب السلم خيار الفسخ وكون الثمن معقوداً به لا معقوداً عليه لا تأثير له في منع الفسخ، ألا ترى أن المكاتب إذا عجز عن بدل الكتابة يتمكن المولى من فسخ الكتابة وبدل الكتابة معقود به كالثمن، ولنا قوله تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ [البقرة: ٢٨٠]، فاستحق النظرة إلى الميسرة بالآية فليس له أن يطالبه قبلها ولا فسخ بدون المطالبة بالثمن وهذا لأن الدين صار مؤجلاً إلى الميسرة بتأجيل الشارع وبالعجز عن الدين المؤجل من المتعاقدين لا يجب له خيار الفسخ قبل مضي الأجل فكيف يثبت له ذلك في تأجيل الشارع وهو أقوى من تأجيلهما، ولأن العقد يوجب ملك الثمن للبائع في ذمة المشتري وهو الدين، وذلك وصف في الذمّة ولا يتصوّر فيه العجز ولا يتغير عليه موجب عقده أبداً لأن بقاء ذلك ببقاء محله وهو الذمة فصار كما إذا كان

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٨٣٦١)، وابن ماجه في الأحكام (٢٣٥٨).

(٢) أخرجه البخاري في الاستقراض وأداء الديون (٢٤٠٢)، ومسلم في المسافاة (١٥٥٩)، والدارمي في البيوع (٢٥٩٠).

ملياً، وهو إذا عجز إنما يعجز عن الإيفاء والإيفاء يقع بعين بدلاً عن الواجب بالعقد في الذمة فيكون عجزاً عن غير ما وقع عليه العقد فلا يوجب فسخاً، وإنما قلنا ذلك لأن ما وقع عليه العقد لا يتصوّر قبضه لأنه وصف في الذمة والمقبوض عين، ألا ترى أنه يجوز إسقاطه بالإبراء أو بالاستبدال والأعيان لا يجوز إسقاطها ولا استبدالها قبل القبض كما في المبيع عيناً وديناً لأن المسلم فيه مبيع فجعل المقبوض عين ما كان في الذمة حكماً للضرورة لأن المبيع لا يجوز استبداله قبل القبض ولا ضرورة هنا فكان المقبوض غير الواجب حقيقة فلا يكون العجز عنه عجزاً عن موجب العقد فلا يثبت له خيار الفسخ، ولا حجة له فيما روي لأن المذكور في الحديث الأوّل «من وجد متاعه عند مفلس بعينه فهو أحق به»[١] وفي الثاني «من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به من غيره»[٢] والمبيع ليس بعين مال البائع ولا متاع له وإنما هو مال المشتري إذ هو خرج عن ملكه وعن ضمانه بالبيع والقبض وإنما ماله بعينه يقع على المغصوب والعواري والودائع والإجارة والرهن فذلك ماله بعينه فهو أحق به من سائر الغرماء والحديث ورد فيه وبه تقول، وإنما يكون هذا الحديث حجة له أن لو قال فأصاب رجل عين مال قد كان له فباعه من الذي وجده في يده ولم يقبض ثمنه فهو أحق به من سائر الغرماء، وهو نظير ما روي عن سمرة مفسراً أنه عليه الصلاة والسلام قال: «من سرق له مال أوضاع له متاع فوجده في يد رجل بعينه فهو أحق بعينه ويرجع المشتري على البائع بالثمن»[٣] رواه الطحاوي بإسناده فهذا الحديث يفيد أن جميع ما وجد في يد المفلس يقسم بين غرمائه ما لم يظهر له مالك معين فإذا ظهر له مالك معين كان هو أولى به من سائر الغرماء، فإن قيل: روي هذا الحديث بألفاظ أخر فإن أبا بكر بن عبد الرحمن قال: إنّ رسول اللّه ﷺ «قضى بالسلعة يبتاعها الرجل / فيفلس وهي عنده بعينها لم يقبض البائع من ثمنها شيئاً فهو أسوة الغرماء وإن مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء»[٤]، وعن [أبي بكر][٥] المذكور أن رسول اللّه ﷺ قال: «أيما رجل ابتاع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً فوجده بعينه فهو أحق به فإن مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء»[٦] فتبين بهذا الحديث أن المراد

[١٣٦ ب/٣]

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه البيهقي في سننه (٦/ ٥١).

(٤) أخرجه البيهقي في سننه (٦/ ٤٦).

(٥) ما بين معكوفتين وردت في المخطوط [أبي المنذر].

(٦) أخرجه أبو داود في البيوع (٣٥٢٠)، ومالك في البيوع (١٣٨٢).

بالحديث الأول الباعة دون غيرهم، قلنا قال الطحاوي: إن هذا الحديث منقطع فلا يقوم بمثله حجة وذكر أنه مضطرب أيضاً وبين وجه اضطرابه في الآثار فلا يجوز الاحتجاج به ولا يجوز أن يكون مبيناً للمراد بالحديث الأوّل لأنه يخالفه في المعنى وقوله عقد معاوضة فيقتضي المساواة، قلنا: يقتضي التسوية بينهما في الملك وهو حاصل لكل واحد منهما، ولئن سلمنا أنه يقتضي التسوية في القبض فقد بطل ذلك بالتأجيل إلى الميسرة فلا يبقى له حق الفسخ، وقوله: كالسلم إلى آخره، قلنا: المسلّم فيه مبيع فيه والعجز عن المبيع يوجب خيار الفسخ لأنه عجز عن تسليم المستحق بالعقد فيفوت به ما أوجبه العقد والدليل على أنه مبيع عدم جواز الاستبدال به فصار العجز عن تسليمه كالعجز عن تسليم المبيع المعين بخلاف الدين فإن العجز عن تسليمه عجز عن تسليم ما لم يوجبه العقد لأن ما أوجبه العقد وصف في الذمّة والمقبوض غيره، ألا ترى أن عدم القدرة على إيفاء الثمن لا يمنع صحة العقد ابتداء فكذا بقاء لما ذكرنا، فإن قيل: إذا اشترى بالفلوس النافقة شيئاً كانت الفلوس في ذمّته وهي ثمن ثم إذا عجز عن تسليمها بالكساد انفسخ البيع فوجب أن يكون هنا كذلك، قلنا: إن الفلوس إذا كسدت تغير موجب العقد فإن العقد أوجب ملك فلوس في الذمة ثمن وبعد الكساد لا تبقى بهذه الصفة فبطل أو نقول: لما كسدت صارت عروضاً والعروض لا تجب في الذمة إلا سلماً فبطل بخلاف الدين بعد الإفلاس والمكاتب إذا عجز تغير على المولى موجب العقد لأن موجبه ملك البدل للمولى عند حلول الأجل بالقبض وقبل القبض لا يملك شيئاً لأن المكاتب عبد والمولى لا يستوجب ديناً في ذمّة عبده. ولهذا لو كفل ببدل الكتابة إنسان لا يصح وينفرد العبد بفسخه فإذا عجز فات موجب العقد فيثبت للمولى خيار الفسخ بخلاف الدين في ذمّة المفلس فإن العقد فيه أوجب ملك الثمن للبائع وبالإفلاس لا ينعدم ذلك فصار كما لو كان ملياً.

فصل بلوغ الغلام

قال رحمه الله: (بلوغ الغلام بالاحتلام والإحبال والإنزال وإلا فحتى يتم له ثماني عشرة سنة والجارية بالحيض والاحتلام والحبل وإلا فحتى يتم لها سبع عشر

فصل بلوغ الغلام

بلوغ الغلام إلخ. (فرع) وقال أصحابنا: أما إنبات العانة لا يدل على البلوغ خلافاً للشافعي لأنه نبات شعر من بدن الإنسان فلا يستدل به على البلوغ كاللحية بل أولى لأنه يمكن أن يتوصل باللحية إلى معرفة البلوغ من غير ارتكاب محظور بخلاف العانة فإنه إما

سنة **ويفتى بالبلوغ فيهما بخمس عشرة** سنة) وهذا عند أبي يوسف ومحمد رحمهما اللّه وهو قول الشافعي ورواية عن أبي حنيفة والأوّل قول أبي حنيفة رحمه اللّه وعنه في الغلام تسع عشرة سنة، وقيل: والمراد به أن يطعن في التاسعة عشرة فلا اختلاف بين الروايتين لأنه لا يتم له ثماني عشرة سنة إلا ويطعن في التاسعة عشرة، وقيل: فيه اختلاف الرواية حقيقة لأنه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة، أما الاحتلام فلما روي عن علي بن أبي طالب كرّم اللّه وجهه أنه قال: حفظت عن رسول اللّه ﷺ «لا يتم بعد الاحتلام ولا صُمَات يوم إلى الليل»[١] رواه أبو داود والحبل والإحبال لا يكون إلا مع الإنزال وكذا الحيض يكون في أوان الحبل عادة فجعل كل ذلك علامة البلوغ، وأما السن فلهم ما روي عن ابن عمر رضي اللّه عنهما أنه قال: «عرضت على رسول اللّه ﷺ يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة **فلم**/ **يجزني** وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة **فأجازني**»[٢] فالظاهر أن عليه الصلاة [١٣٧/١/٣]

أن ينظر إليها أو تمس فإذا لم تكن اللحية دليل البلوغ فالعانة أولى وما روي عن عطية القرظي قال: «عرضت يوم بني قريظة على النبي ﷺ فقال: أبصروه فإن كان قد أنبت فاقتلوه فنظروا إليّ فوجدوني ما أنبت فجعلوني في السبي»[٣] لا حجة فيه للخصم لأن أهل المغازي ذكروا أن سعداً حكم بذلك فيمن أنبت ورُوي أنه «أمر بقتل من اخضر مئزره» وهذا يزيد على الإنبات لأن اخضرار الإزار يكون بنبات الشعر من السرة إلى العانة، وروي أنه أمر بقتل من جرت عليه المواسي وذكر في السير الكبير روي عن عمر رضي اللّه عنه أنه كتب إلى أمراء الأجناد «أن اقتلوا من جرت عليه المواسي» وهذا يقتضي تكرار الحلق بعد الإنبات وهو خلاف ما يعتبره الخصم، قال في شرح الطحاوي قبيل باب سجدة التلاوة وروي عن أبي يوسف في غير رواية الأصول أنه اعتبر نبات الغانة وأما نهود الثدي فلا يحكم بالبلوغ به في ظاهر الرواية، وقال بعضهم: يحكم به، وقال في الكشاف في تفسير سورة النور: وعن علي أنه كان يعتبر القامة ويقدره بخمسة أشبار وبه أخذ الفرزدق في قوله:

ما زال مذ عقدت يداه إزاره   وسما فأدرك خمسة الأشبار[٤]

اهـ إتقاني. **قوله**: (**ويفتى بالبلوغ فيهما بخمس عشرة**) أي فإذا تمت جاز طلاقه وإن لم يحتلم اهـ إتقاني. **قوله**: (**فلم يجزني**) أي في المقاتلة اهـ غاية. **قوله**: (**فأجازني**) أي في

---

(١) أخرجه أبو داود في الوصايا (٢٨٧٣).

(٢) أخرجه البخاري في الشهادات (٢٦٦٤)، ومسلم في الإمارة (١٨٦٨)، وابن ماجه في الحدود (٢٥٤٣).

(٣) أخرجه الترمذي في السير (١٥٨٤)، والنسائي في الطلاق (٣٤٣٠)، وابن ماجه في الحدود (٢٥٤٢)، وأحمد في مسنده (١٨٢٩٩) واللفظ له.

(٤) من الكامل وهو للفرزدق في ديوانه (١/٣٠٥)، والأشباه والنظائر (٥/١٢٣).

والسلام لم يجزه إلا لأنه بالغ ولم يردّه إلا لأنه لم يبلغ **ولأن بلوغهما لا يتأخر عنها** عادة وهي إحدى الحجج الشرعية فيما لا نص فيه، ولأبي حنيفة رحمه اللّه قوله تعالى: ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشدّه﴾ [الأنعام: ١٥٢] وأشدّ الصبي ثماني عشرة سنة هكذا قال ابن عباس والقتبي، وقيل: اثنتان وعشرون سنة، وفي قول عمر خمس وعشرون سنة وأقل ما قيل فيه ثماني عشرة سنة فوجب تعليق الحكم به للاحتياط غير أن الإناث نشوءهنّ وإدراكهن أسرع فزدنا في حق الغلام سنة لاشتمالها على الفصول الأربعة التي واحد منها يوافق المزاج لا محالة فيقوى فيه.

قال رحمه اللّه: (وأدنى المدّة في حقه اثنتا عشرة سنة وفي حقها تسع سنين) أي أدنى مدّة البلوغ بالاحتلام ونحوه في حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين هكذا ذكره صاحب الهداية وغيره ولا يعرف ذلك إلا سماعاً أو بالتتبع.

قال رحمه اللّه: (فإن راهقا) أي الغلام والجارية. (وقالا: قد بلغنا صدّقا وأحكامهما أحكام البالغين) لأنه أمر لا يوقف عليه إلا من جهتهما فيقبل فيه قولهما كما يقبل قول المرأة فيما لا يطلع عليه غيرها كالحيض وغيره واللّه أعلم بالصواب.

المقاتلة اهـ غاية. **قوله: (ولأن بلوغهما لا يتأخر عنها)** أي عن تلك المدّة اهـ

كتاب المأذون

قال رحمه اللّه: (الإذن فك الحجر وإسقاط الحق فلا يتوقف ولا يتخصص) هذا في الشرع لأن العبد أهل للتصرف بعد الرق لأن ركن التصرف كلام معتبر شرعاً لصدوره عن تمييز ومحل التصرف ذمّة صالحة لالتزام الحقوق وهما لا يفوتان بالرق لأنهما من كرامات البشر وهو بالرق لا يخرج من أن يكون بشراً إلا أنه حجر عليه عن التصرف لحق المولى كي لا يبطل حقه بتعلق الدين برقبته لضعف ذمّته بالرق حتى لا يجب المال في ذمّته إلا وهو شاغل لرقبته فإذا أذن المولى فقد أسقط حقه فكان العبد متصرفاً بأهليته الأصلية، ولهذا لا يرجع على المولى بما لحقه من العهدة **ولا يتوقت بزمان** ولا مكان ولا بنوع من التجارة كالمكاتب، وعند زفر والشافعي رحمهما اللّه هو عبارة عن توكيل وإنابة لأنه يتصرف للمولى بإذنه والمانع من التصرف هو الرق وهو باق بعد الإذن وثمرة الخلاف تظهر في صحة التقييد عندهما حتى لا يجوز للعبد أن يجاوز ذلك عندهما كالوكيل لأنه يتصرف للموكل فلا يملك إلا ما أطلق له، وعندنا يتصرف بأهلية نفسه لنفسه وإنما يخلفه المولى في الملك فقط لتعذر ثبوته له وفيما عدا ذلك هو كالحرّ لأن المانع حق المولى وقد أسقطه والإسقاطات لا تقبل التقييد كالطلاق والعتاق وكما إذا رضي المستأجر ببيع عبد مستأجر من شخص بعينه دون غيره أو أسلم البائع المبيع إلى المشتري قبل نقد الثمن على أن يتصرف فيه نوعاً من التصرف دون نوع فإنه لا يعتبر فيه تقييده لأن ذلك منه إسقاط لحقه فلا يقبل التقييد بخلاف إذن القاضي فإنه بمنزلة الوكيل ذكره قاضيخان في فتاواه، ولا يقال: هو ليس بأهل لحكم التصرف وهو الملك فكيف يكون أهلاً لسببه وهو التصرف والسبب غير مشروع لذاته بل لحكمه فإذا لم يترتب عليه حكمه لا يكون مشروعاً كطلاق الصبي وعتاقه لأنا نقول: حكمه ملك اليد وهو أهل له كالمكاتب، ولهذا يقدّم فيه حاجته من قضاء دينه ونفقته وليس للمولى أن يأخذ إلا ما فضل منه بخلاف المستشهد به فإنه لا يثبت فيه حكم مّا في حق الصبي فلا يكون مشروعاً، ولا يقال: لو كان إسقاطاً لما ملك نهيه، لأنا نقول: ليس بإسقاط في حق ما لم يوجد فيكون النهي امتناعاً عن الإسقاط فيما لم يوجد وهو في اللغة الإعلام **ومنه الأذان** وهو

كتاب المأذون

قوله: (ولا يتوقف بزمان إلخ) حتى لو أذن لعبده يوماً كان مأذوناً أبداً حتى يحجر

الإعلام بدخول الوقت وشرطه أن يكون / العبد ممن يعقل التصرف ويقصده، والآذن [١٣٧ب/٣] ممن يملك التصرف بيعاً وإجارة ورهناً ونحو ذلك ولا يشترط أن يكون مالكاً للرقبة حتى جاز الإذن من العبد المأذون والمكاتب والشريك مفاوضة وعناناً والأب والجدّ والقاضي والوالي **وحكمه** هو التفسير الشرعي وهو ما ذكرنا من فك الحجر.

قال رحمه الله: (ويثبت بالسكوت إن رأى عبده يبيع ويشتري) أي يثبت الإذن للعبد بسكوت المولى عندما يراه يشتري ويبيع، ولا فرق في ذلك بين أن يبيع عيناً مملوكاً للمولى أو لغيره بإذنه أو بغير إذنه بيعاً صحيحاً أو فاسداً هكذا ذكر صاحب الهداية وغيره وذكر قاضيخان في فتاواه إذا رأى عبده يبيع عيناً من أعيان المالك فسكت لم يكن إذناً، وكذا المرتهن إذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن وروى الطحاوي عن أصحابنا أنه رضا، ويبطل الرهن ولو أمره المولى ببيع متاع غيره يصير مأذوناً له، ولو رأى عبده في حانوته يبيع فسكت حتى باع متاعاً كثيراً من ذلك كان إذناً ولا ينفذ على المولى بيع العبد ذلك المتاع، ولو رأى المولى عبده يشتري شيئاً بدراهم المولى أو دنانيره فلم ينهه يصير مأذوناً له، فإن كان نقداً لثمن من مال المولى كان للمولى أن يستردّه ولا يبطل البيع بالاسترداد ولو أن رجلاً دفع إلى عبد رجل متاعاً له ليبيعه فباعه بغير إذن المولى فرآه المولى ولم ينهه كان مأذوناً له في التجارة ويجوز ذلك البيع على صاحب المتاع، وتكلموا في العهدة قيل: ترجع إلى الآمر وقيل: إلى العبد، وقال زفر والشافعي: لا يثبت الإذن بسكوت المولى عندما يراه يبيع أو يشتري لأن سكوته يحتمل الرضا ويحتمل السخط فلا يثبت بالشك ولأن الإذن إنابة فلا يثبت بالسكوت كما إذا رأى أجنبياً يبيع ماله فسكت ولم ينهه لا ينفذ ذلك عليه بسكوته ولهذا لا يجوز ذلك البيع بدلالة الحال وهو السكوت فأولى أن لا يجوز به غيره من البياعات، وكذا لو رأى القاضي الصبي أو المعتوه أو عبدهما يبيع ويشتري فسكت لا يكون إذناً له في التجارة مع أن له أن يأذن لليتيم والمعتوه إذا لم يكن له وليّ ولعبدهما أوكان لكل واحد منهما ولي وامتنع من الإذن

عليه لأن الإسقاطات لا تتوقت اهـ هداية. **قوله**: (**ومنه الأذان إلخ**) أما الإذن فهو الإطلاق لغة لأنه ضدّ الحجر وهو المنع فكان إطلاقاً عن شيء أي شيء وفي الشرع الإطلاق في حق التجارة بإسقاط الحجر عنه كذا قال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه وأما ركنه فقول: الرجل أذنت لك في التجارة لأن الإذن به يقوم وركن الشيء ما يقوم به ذلك الشيء وقد يكون الإذن دلالة بالسكوت عندنا خلافاً لزفر والشافعي اهـ إتقاني. **قوله**: (**وحكمه**) قال الإتقاني: وحكمه ملك المأذون ما كان من قبيل التجارة وتوابعها وضروراتها وعدم ملكه ما لم يكن كذلك إلى هذا أشار في التحفة وذلك لأن حكم الشيء ما يثبت بالشيء والثابت

له عند طلبه منه ذلك، وكذا سكوت المرتهن عندما يرى الراهن يبيع الرهن لا يكون رضا في رواية وكذا إذا رأى عبده يتزوّج أو أمته تتزوّج فسكت لا يكون إذناً منه بالزواج، وكذا لو أتلف مال غيره وصاحبه يقشع وهو ساكت لا يكون إذناً منه به حتى كان له أن يطالبه بالضمان، قلنا: إنّ هذه التصرفات مبنية على عادات الناس وقد جرت العادة أنّ من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه عنه ويؤدّ به عليه فإذا سكت دل على رضاه به فصار إذناً دلالة لأجل دفع الضرر عن الناس فإنهما يعتقدون ذلك إطلاقاً منه فيبايعونه حملاً لفعله على ما يقتضيه الشرع والعرف فصار كسكوت النبي ﷺ عند أمر يعاينه عن التغيير والإنكار وكسكوت البكر والشفيع والمولى القديم عندما يرى ماله يقسم بين الغانمين بخلاف ما إذا سكت عندما يقشع الأجنبي ببيع ماله لأنه وكيل والوكيل يتصرف للموكل لا لنفسه والتوكيل لا يثبت بالسكوت وكذا العبد وكيل في حق ما باعه من مال المولى لأنه ملك الغير وهو المولى والتوكيل لا يثبت بالسكوت، وكذا إذن القاضي لأنه لا حق له في مال الغير حتى يكون الإذن إسقاطاً لحقه وسكوت المرتهن إجازة في رواية/ فلا فرق بينهما والفرق على الأخرى [١٣٨/ ٣/١] أنا لو جعلناه إجازة يلزم المرتهن ضرر عظيم بخروج العين من يده وإقامة الثمن مقامه في جعله رهناً وهو في الذمة ولا يعرف هل يحصل أو يتوى عليه فلا يلحقه هذا الضرر إلا بالتصريح منه، وهذا هو الجواب في تزوّج العبد والأمة وفي إتلاف مال الغير لأن للمولى وصاحب المال فيه ضرراً محضاً فلا يلزمه بدون التزامه صريحاً بخلاف ما نحن فيه فإنه لا ضرر فيه في الحال وفي المآل جانب النفع راجح لأن ما يلزمه من الديون لا يلزمه إلا بعوض، وجانب تحصيل الربح أرجح ولأن العبد في النكاح وكيل عن المولى لأن المولى يملك أن يعقد عليه بغير اختياره ولهذا إذا أذن له بالتزوّج لا يكون مأذوناً له حتى لا يملك أن يتزوّج إلا واحدة لأن التوكيل لا يتعمم ولا يثبت بالسكوت بخلاف البيع.

قال رحمه اللّه: (**وإن أذن له عاماً** لا بشراء شيء بعينه يبيع ويشتري) يعني: لو

بالإذن ما قلنا فكان حكماً اهـ **قوله في المتن: (وإن أذن له عاماً إلخ)** قال في تحفة الفقهاء: الإذن نوعان خاص وعام أما الإذن الخاص، كأن يقول لعبده: إشتر بدرهم لحماً أو إشتر كسوة لنفسك ولفلان فاشتراه فإنه يجوز، ويكون مأذوناً في ذلك خاصة والقياس أن يكون مأذوناً في الأنواع كلها لأن الإذن بالتصرف لا يتجزأ وفي الاستحسان يقتصر على ما أذن لأن هذا من باب الاستخدام ولو تعدّى الإذن إلى غيره ولم يكن من قصد المولى أن يكون مأذوناً في التجارات لا يقدر على الاستخدام، وأما الإذن العام كان يقول: أذنت لك في التجارات أو في التجارة يصير مأذوناً في الأنواع بلا خلاف، أما إذا أذن في نوع بأن قال: اتجر

أذن له مولاه إذناً عاماً بأن قال له: أذنت لك في التجارة ولم يقيده بشراء شيء بعينه ولا بنوع من التجارة جاز له التصرف في جميع التجارات يبيع ويشتري لأن اللفظ يتناول جميع أنواع التجارات وأما إذا أمره بشراء شيء بعينه كالطعام والكسوة **لا يكون مأذوناً** له لأنه استخدام، ولو صار مأذوناً له لانسدّ على المولى باب الاستخدام وعلى هذا لو أمره ببيع ثوب بعينه لا يكون مأذوناً له، وكذا لو قال له: آجر نفسك من فلان لأنه أمره بعقد واحد فيكون استخداماً بخلاف ما إذا قال له: آجر نفسك من الناس أو أقعد صباغاً أو خياطاً أو قصاراً أو قال: أدّ إليّ ألفاً وأنت حر حيث يكون إذناً له لأنه أمره بعقود متعدّدة فيدل ذلك على الإذن وكذا إذا قال له: أدّ إليّ كل شهر كذا أو كل يوم كذا كان مأذوناً له لأنه لا يتوصل إلى أدائه إلا بالتكسب وذلك بالتجارة لا بالتكدّي والفاصل بينهما أنه إذا أذن له بعقود متكررة كان مأذوناً له، كقوله: اشتر ثوباً وبعه أو بع ثوبي هذا واشتر بثمنه وإن أذن له بعقد واحد ولم يوجد فيه ما يدل على الإذن لم يكن مأذوناً له عادة. وقوله: أدّ إليّ ألفاً وأنت حر بمنزلة قوله: إن أدّيته إليّ فأنت حر، ولو أعطاه راوية وبغلاً وقال: استق عليه وبع الماء من الناس كان إذناً له لأنه أمره

في البز أوفي بيع الطعام أو نحو ذلك يصير مأذوناً في أنوع التجارات عندنا، وعند الشافعي يقتصر على ما سمي. وكذلك إذا قال: اقعد في الخزازة أو في الصياغة يصير مأذوناً في جميع أنواع الحرف وكذلك إذا قال: أذنت لك أن تتجر شهراً أو سنة يصير مأذوناً في جميع الأوقات ما لم يحجر عليه حجراً عاماً، وكذا إذا قال: اتجر في البز ولا تتجر في الخز لا يصح نهيه ويعم الإذن النوعين وغيرهما والمسألة معروفة أن الإذن تمليك التصرف أو إسقاط الحق وفك الحجر إلى هنا لفظ التحفة اهـ إتقاني. وكتب ما نصه قال برهان الدين الأجل الصدر الكبير صاحب المحيط عبد العزيز بن عمر بن أبي سهل المعروف بمازه في طريقة الخلاف: المأذون في نوع يصير مأذوناً في الأنواع كلها. وقال الشافعي وزفر: لا يصير مأذوناً إلا فيما نص عليه وما هو من ضروراته، وصورته رجل قال لعبده: تصرّف في الخز وسكت أو قال: تصرّف في الخز ولا تتصرف في البز عندنا يملك التصرف في الخز والبز جميعاً وعندهما لا يملك إلا في الذي نص عليه اهـ إتقاني. **قوله: (لا يكون مأذوناً)** وفي القياس يكون مأذوناً له لأنه إذن في التجارة غاية ما في الباب أنه خص والتخصيص لا يعمل في الإذن عندنا وجه الاستحسان الضرورة والضيق على الناس لأنه لو جعل مأذوناً له بهذا القدر لضاق الأمر على الناس ووقعوا في حرج لأنه لو ثبت كونه مأذوناً له بالإذن في شراء جمد أو بقل بفلس لصح إقراره حينئذ على نفسه بمال عظيم حيث يتوى بذلك رقبته وكسبه فلا يتجاسر أحد بعد ذلك على استخدام المملوك خوفاً من ذلك فتتعطل مصالحهم فلهذه الضرورة لم يجعل الإذن في كل شيء إذناً عاماً بل جعل ذلك استخداماً وتوكيلاً اهـ

بالتكسب وذلك بالإذن، ولو غصب العبد ثوباً فأمره مولاه ببيعه كان إذناً له لأنه لا يمكنه حمله على الاستخدام لعدم الملك فيتعين الإذن، ولو أمره بنوع من التجارة كان إذناً في الجميع وكذا إذا قيده بوقت أو بمعاملة شخص لا يتقيد به عندنا وفيه خلاف زفر والشافعي بناء على أنه توكيل عندهما وعندنا إسقاط وقد بيناه ثم إذا صار مأذوناً له في جميع التجارات كان له أن يبيع ويشتري، **وإن كان فيه غبن فاحش** عند أبي حنيفة رحمه اللّه، وقالا: لا يجوز بمحاباة لا يتغابن الناس في مثله لأن الغبن الفاحش جار مجرى التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله ولا يجوز من الأب والوصي والقاضي من مال الصغير والتبرع غير داخل فيه فلا يجوز وهذا لأن المقصود من التجارة الاسترباح وهذا ضدّه لأنه إتلاف ولأبي حنيفة رحمه اللّه أنه تجارة لا تبرع لأنه وقع في ضمن عقد التجارة والواقع في ضمن الشيء كان له حكم ذلك الشيء وهذا لأن التجارة مبادلة المال بالمال، ولهذا تجرى فيه أحكام البيع في الكل كوجوب الشفعة وجواز المرابحة وقد فك عنه الحجر في حق التجارة فيتناول الجميع كفك الحجر بالإعتاق بخلاف الهبة لأنها ليست بتجارة وبخلاف الأب والوصي والقاضي لأن تصرفهم مقيد بالأنظر **ولا يلزم من صحته من الصبي بعد الإذن** أن يصح منهم كالإقرار/ بالدين وحق الورثة تعلق بالمالية فليس له أن يبطله ولهذا لا يملك [١٣٨ب/٣]

والحاصل أنه متى فوض إليه عقوداً مكررة كان ذلك إذناً في التجارة لأن الربح يحصل بالعقود المكررة وإن فوّض إليه عقداً واحداً لا يتكرر كان استخداماً ولم يكن إذناً في التجارة اهـ إتقاني رحمه اللّه. **قوله**: (**وإن كان فيه غبن فاحش إلخ**) قال الإتقاني: فأما إذ باع بالمحاباة الفاحشة ابتداء فإنه يجوز عند أبي حنيفة لأن الوكيل بالبيع يملك البيع بالغبن الفاحش عنده فلأن يملك المأذون له ذلك أولى لأن تصرفه ليس بسبيل النيابة بل بأهلية نفسه لنفسه ولهذا لا يرجع بالعهدة على المولى اهـ والحاصل ما ذكره شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي قال: شراء العبد المأذون وبيعه بما يتغابن الناس فيه جائز حالاً أو آجلاً أو سلماً في قولهم جميعاً، وكذلك بما لا يتغابن الناس فيه في قول أبي حنيفة رحمه اللّه إن كان عليه دين أو لم يكن ولا يجوز في قول أبي يوسف ومحمد لأنه بمنزلة الهبة لا تجوز هبته ولا صدقته وكذا كل من لا تجوز هبته مثل المكاتب والصبي أو المعتوه يأذن له أبوه في التجارة فهو على هذا الاختلاف اهـ إتقاني رحمه اللّه مع حذف. قال في الحقائق في كتاب المأذون في باب أبي حنيفة: وإذا باع من الأجنبي بالكثير من المحاباة لا يجوز أصلاً عندهما وإن بلغ الأجنبي الثمن إلى تمام القيمة وباليسير يجوز فلا يؤمر بإزالة المحاباة عندهما من المحيط والهداية اهـ **قوله**: (**ولا يلزم من صحته من الصبي بعد الإذن إلخ**) قال الإتقاني: ووجه قول أبي حنيفة أنه مأمور بالبيع والشراء فيملك كل ما هو

بالغبن اليسير أيضاً فلا يصح الاستدال به، ولأن البيع بالغبن الفاحش من صنيع التجار لاستجلاب قلوب المجاهزين ويبيع بغبن فاحش في صفقة ويربح في أخرى، وعلى هذا الخلاف بيع الصبي والمعتوه المأذون لهما **ولو مرض العبد المأذون له** وحابى فيه يعتبر من جميع المال إذا لم يكن عليه دين وإن كان عليه دين فمن جميع ما بقي بعد الدين لأن الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد ولا يقال: المولى بمنزلة الوارث لأنا نقول: رضي بسقوط حقه بالإذن فصار كالوارث إذا أسقط حقه من الثلثين فإن تصرف المريض ينفذ في الكل بخلاف غرمائه على ما يجئ لأنهم لم يرضوا بسقوط حقهم فلا تنفذ محاباته في حقهم وإن كان الدين محيطاً بما في يده، يقال للمشتري: أدّ جميع المحاباة وإلا فردّ المبيع كما في الحرّ **هذا إذا كان المولى صحيحاً** وإن كان المولى مريضاً لا تصح محاباة العبد إلا من ثلث مال المولى كتصرفات المولى بنفسه لأن المولى باستدامة الإذن بعد ما مرض أقامه مقام نفسه فصار تصرفه كتصرفه والفاحش من المحاباة وغير الفاحش فيه سواء حتى لا ينفذ الكل إلا من الثلث.

مسمى بهذا الاسم جرياً على قضية إطلاق اللفظ ولا يجوز تقييده بالغرض لأن اعتبار نص الكلام أولى من اعتبار الدلالة على أنا لا نسلم خلوه من الغرض فإن التاجر في العادات كما يباشر العقد على وجه لا غبن فيه يباشره على وجه فيه غبن ليتوسل إلى غرض لا طريق له إلا ببيع ما عنده وعسى لا يشترى ما عنده بمثل القيمة لكساد السوق ولا يكون عنده ثمن ما يريد تحصيله فتمس حاجته إلى بيع ما عنده بوضيعة رغبة فيما يريد تحصيله والاسترباح عليه وهذا معهود بين التجار اهـ إتقاني. **قوله: (ولو مرض العبد المأذون له)** أي مرض الموت اهـ **قوله: (هذا إذا كان المولى صحيحاً)** قال الشيخ قوام الدين: هذ إذا حابى المأذون في مرض موته والمولى صحيح أما إذا حابى في مرض موت المولى فبيانه ما قال في شرح الكافي قبل هذا الباب، وإذا أذن الرجل لعبده في التجارة ثم مرض المولى فباع العبد بعض ما كان من تجارته أو اشترى شيئاً فحابى في ذلك ثم مات المولى ولا مال له غير العبد وما في يده فجميع ما فعل العبد من ذلك بما يتغابن الناس فيه وما لا يتغابن فيه جائز في قول أبي حنيفة رحمه اللّه من ثلث مال المولى لأنه يتصرف بتسليط المولى وأنه يلاقي حق المولى فيجعل ذلك محاباة منه وهو مريض فيجعل منه وكذلك على قولهما فيما يتغابن الناس فيه وكذلك إن كان على العبد دين يحيط برقبته وبما في يده لأن حال العبد لم يتغير إنما تغير حال المولى فكان وصية منه بعد الدين من الثلث فإن كان على المولى دين يحيط برقبته وبما في يده ولا مال له غيره لم يجز من محاباة المولى شيء لأن الوصية مؤخرة عن الدين، ويقال للمشتري: فانقض البيع وإن شئت فأدّ المحاباة كلها ولو كان الذي حاباه العبد بعض

قال رحمه الله: (ويوكل بهما) أي يجوز له التوكيل بالبيع والشراء لأنه من توابع التجارة فلعله لا يتمكن من مباشرة الكل فيحتاج إلى المعين.

قال رحمه الله: (ويرهن ويسترهن) لأنهما من توابع التجارة لأنهما إيفاء واستيفاء ويتقرر ذلك بالهلاك.

قال رحمه الله: (ويستأجر ويضارب) لأنه من صنيع التجار فيجوز له المضاربة أخذاً ودفعاً وكذا الإجارة بأن يؤجر غلمانه أو يستأجر أجراء **وله أن يدفع الأرض مزارعة ويأخذها** ومساقاة لأن كل ذلك من عمل التجار قال عليه الصلاة والسلام: «الزارع يتاجر ربه» وله أن يشتري طعاماً ويزرعه فيها ويستأجر البيوت والحوانيت ويؤجرها لما فيها تحصيل المال.

قال رحمه الله: (ويؤجر نفسه) وقال الشافعي رحمه الله: ليس له أن يؤجر نفسه لأن الإذن لا يتناول التصرف في نفسه ولهذا لا يكون له أن يبيع نفسه ولا يرهنها فكذا منافعه لأن المنافع تابعة للنفس ولنا أن الإجارة تجارة وهو تصرف على غير نفسه إذ هي بيع المنافع دون النفس فيملكه وإنما لا يجوز بيع نفسه لأنه يبطل الإذن أصلاً لأنه ينحجر به بخلاف الإجارة ولا يلزم من امتناع جواز بيع النفس امتناع

ورثة المولى كانت المحاباة باطلة في جميع الوجوه لأن هذا وصية من المولى كذا في شرح الكافي اهـ إتقاني. **قوله: (وله أن يدفع الأرض مزارعة ويأخذها)** قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي في أول كتاب المأذون الكبير: ويتقبل الأرض ويأخذها مزارعة كما يأخذ الحر لأن أخذ الأرض مزارعة إن كان البزر من قبله فهو استئجار الأرض وإن كان من قبل رب الأرض فهو إجارة نفسه وأنه يملك كلا الوجهين وليس له أن يدفع طعاماً إلى رجل ليزرعها ذلك الرجل في أرضه بالنصف لأن هذا يصير قرضاً وليس له القرض لأن القرض تبرع وأنه لا يملك التبرع ولو فعل مع هذا أشار هاهنا أن الخارج يكون للمزارع حيث جعله قرضاً، ولو أقرضه تنصيصاً فالجواب هكذا أن الخارج يكون للمزارع لأنه ملكه بحكم القرض وقد ذكر في المزارعة أن الحرّ لو دفع بذراً إلى آخر ليزرعه في أرضه بالنصف ففعل يكون الخارج لصاحب البذر وعليه أجر مثل عمله وأرضه قيل: في المسألة روايتان في رواية المزارعة الخارج لصاحب البذر وفي رواية المأذون الخارج للمزارع ودفع البذر يحتمل الوجهين الإقراض واستئجار العامل، والأرض إن دفع البذر ليزرعه له فقد أبقاه على ملكه فيكون العامل عاملاً له بشرط النصف فيكون استئجاراً له ولأرضه، وإن دفع البذر ليزرع العامل لنفسه يكون إقراضاً له ففي رواية اعتبر القرض، وفي رواية اعتبر الاستئجار، وروى محمد بن سماعة عن أبي حنيفة إن دفع البذر إليه وقال: لتزرع لي أو أطلق يكون الخارج له فإن قال: لتزرع لنفسك يكون الخارج للمزارع فمسألة الكتاب على هذا اهـ

الإجارة، ألا ترى أن الحر لا يملك بيع نفسه ويملك إجارتها وأقرب منه المكاتب بل هو نظيره فإنه يملك إجارة نفسه ولا يملك بيعها والرهن يوجب الحبس على الدوام إلى قضاء الدين بغير بدل يقابله فيفوت به غرض المولى وهو التحصيل فلا يملكه ويشارك شركة عنان لأنه من صنيع التجار لأنه طريق لتحصيل الربح وليس له أن يشارك مفاوضة لأنها تتضمن الكفالة وهو لا يملكها لكونها تبرعاً.

قال رحمه اللّه: (ويقرّ بدين وغصب ووديعة) لأن الإقرار من توابع التجارة **لأنه لو لم يصح إقراره لم يعامله أحد** فلا بد من قبول إقراره فيما هو من باب التجارة والإقرار بالدين منه وكذا بالغصب لأن ضمان الغصب ضمان معاوضة عندنا لأنه يملك المغصوب بالضمان فكان من باب التجارة ولهذا لو أقر به أحد المتفاوضين كان شريكه مطالباً به وكذا لو اشترى جارية شراء فاسداً فأقر أنه وطئها يجب عليه العقر في الحال؛ لأن لزومه باعتبار الشراء إذ لولاه لوجب الحدّ دون العقر **بخلاف ما إذا أقرّ بوطء جارية بالنكاح** حيث لا يظهر وجوب العقر في حق المولى، وإنما يؤاخذ به بعد الحرّية لأنه ليس من باب التجارة ولهذا لو أقر به أحد المتفاوضين / لم يلزم شريكه، [١٣٩/ ٣/٢] وإقراره بالوديعة من باب التجارة لأنه لا يجد بدّاً منه فكان من توابعة ولوازمه، ولا فرق بين ما إذا كان عليه دين أو لم يكن إذا كان الإقرار في صحته وإن كان في المرض قدّم غرماء الصحة كما في حق الحر، فحاصله أن ما يكون من باب التجارة من ديونه يصح إقراره به صدّقه المولى أو كذبه وما لا يكون من باب التجارة لا يصدق فيه إلا بتصديقه لأنه فيه كالمحجور عليه ويبطل إقراره للزوج والولد والوالدين عند أبي حنيفة رحمه اللّه خلافاً لهما وهو كالاختلاف في بيع الوكيل من هؤلاء.

قال رحمه اللّه: (ولا يتزوّج) لأنه ليس من باب التجارة ولأن فيه ضرراً على المولى بوجوب المهر والنفقة في رقبته.

قال رحمه اللّه: (ولا يزوّج مملوكه) وقال أبو يوسف رحمه اللّه: يزوّج الأمة دون العبد لأن فيه تحصيل المنفعة وهو تحصيل المهر وسقوط النفقة فأشبه اجارتها ولهذا جاز للمكاتب ووصى الأب والأب، ولهما أن الإذن تناول التجارة والتزويج ليس بتجارة، ولهذا لا يملك تزويج العبد بخلاف المكاتب والأب والوصي لأن المكاتب

إتقاني. **قوله**: (**لأنه لو لم يصح إقراره لم يعامله أحد**) قال الكرخي: وإذا أقرّ العبد بجناية على عبد أو حر أو بمهر وجب عليه بنكاح جائز أو فاسد أو وجب عليه بشبهة نكاح فإقراره باطل لا يلزمه حتى يعتق فإن صدقه المولى جاز عليه ولم يجز على الغرماء وإن قامت على العبد بينة بذلك وأنه تزوّج امرأة بإذن مولاه لزمه المهر تحاص به المرأة الغرماء إلى هنا لفظه رحمه اللّه اهـ إتقاني. **قوله**: (**بخلاف ما إذا أقرّ بوطء جارية بالنكاح**) أي بغير إذن المولى اهـ

يملك الاكتساب وذلك لا يختص بالتجارة وكذا الأب والجدّ والوصي، ولأن تصرفهم مقيد بالأنظر للصغير وتزويج الامة من الأنظر، وعلى هذا الخلاف الصبي والمعتوه المأذون لهما والمضارب والشريك عناناً ومفاوضة، وجعل صاحب الهداية الأب والوصي على هذا الخلاف وهو سهو فإنه ذكر المسألة بنفسه في كتاب المكاتب مثل ما ذكرنا ولم يذكر فيهما خلافاً بل جعلهما كالمكاتب وكذا في عامّة كتب أصحابنا **كالمبسوط ومختصر الكافي والتتمة**.

قال رحمه الله: (ولا يكاتب) لأنه ليس من باب التجارة إذ هي مبادلة المال بالمال والبدل في الحال مقابل بفك الحجر فلم تكن من باب التجارة، ولأن الكتابة أقوى من الإذن لأن الكتابة توجب حرية اليد في الحال وحرية الرقبة في المآل، والإذن لا يوجب شيئاً من ذلك والشيء لا يتضمن ما هو فوقه إلا إذا أجازه المولى ولم يكن على العبد دين لأن الامتناع لحقه فإذا أجازه زال المانع فينفذ وهذا لما عرف أن كل عقد موقوف وله مجيز حال وقوعه يجوز بإجازته فتكون الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، ثم ليس للعبد أن يقبض البدل لأنه نائب عن المولى كالوكيل فكان قبض البدل لمن نفذ العقد من جهته لأن الوكيل سفير ومعبر فلا تتعلق به حقوق العقد كالنكاح بخلاف المبادلة المالية، وذكر في النهاية أنه لو كان على العبد دين قليل أو كثير فكتابته باطلة وإن أجازها المولى لأن قيام الدين يمنعه من ذلك قل أو كثر، وهذا مشكل فإن الدين إذا لم يكن مستغرقاً لرقبته ولما في يده لا يمنع الدخول في ملك المولى بإجماع أصحابنا حتى جاز للمولى عتق ما في يده فكيف تتصوّر هذه المسألة، **وعلى قول من يتأتى هذا** وإنما الخلاف في المستغرق فعند أبي حنيفة رحمه الله يمنع من دخوله في ملك المولى وعندهما لا يمنع، ولو أدّى المكاتب البدل إلى المولى قبل الإجازة ثم أجاز المولى لا يعتق **وسلم المقبوض للمولى** لأنه كسب عبده.

إتقاني. **قوله**: (**كالمبسوط ومختصر الكافي والتتمة**) أي وأحكام الصفار وما ذكر في المكاتب أصح لأنه موافق لعامة الروايات وفي الكافي يحتمل أن يكون في المسألة روايتان. وقال الإمام الأخسكتي: أو يحمل ما أطلق في المكاتب على ما ذكره هنا أو يجعل في المسألة روايتان اهـ كاكي. **قوله**: (**وعلى قول من يتأتى هذا**) قلت: يتأتى على قول أبي حنيفة الأول فقد قال الشارح رحمه الله فيما سيأتي عند قوله وإن لم يحط صح أي وإن لم يحط الدين برقبته وبما في يده جاز عتقه وهذا بالإجماع، أما عندهما فظاهر وكذا عنده في قوله الآخر وفي قوله الأول لا يملك فلا يصح إعتاقه لأن الدين متعلق بكسبه وفي حق التعليق لا فرق بين القليل والكثير كما في الرهن اهـ لكن التفريع على القول المرجوع عنه مع عدم التنبيه على ذلك مما لا ينبغي اهـ **قوله**: (**وسلم المقبوض للمولى**) قال الإتقاني: ولا

قال رحمه اللّه: (ولا يعتق) لأنه فوق الكتابة فكان أولى بالامتناع وإن أجازه المولى ولم يكن عليه دين جاز **وكان قبض العوض إليه** إن كان العتق على مال وإن كان عليه دين مستغرق لا ينفذ عند أبي حنيفة خلافاً لهما بناء على أنه يملك ما في يده أم لا.

قال رحمه اللّه: (ولا يقرض) لأنه تبرع ابتداء وهو لا يملكه.

قال رحمه اللّه: (ولا يهب) لأنه تبرع محض وسواء كان بعوض أو بغير عوض لأنه تبرع ابتداء أو ابتداء/ وانتهاء. [١٣٩ب/٣]

قال رحمه اللّه: (ويهدي طعاماً يسيراً ويضيف من يطعمه) لأن التجار محتاجون إليه لاستجلاب قلوب المجاهزين وروي أنه عليه الصلاة والسلام: «كان يجيب دعوة المملوك»(١) والمراد به المأذون له لأن المحجور عليه ليس له أن يتخذ الضيافة اليسيرة لعدم الإذن، وعن أبي يوسف أن المحجور عليه إذا دفع إليه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما إذا دفع إليه قوت شهر لأنهم إذ أكلوه يتضرر به المولى، **ولا يمكن أن يقدّر للضيافة تقدير** لأنه يختلف باختلاف المال وغيره وقالوا في الهدية: ليس له أن يهدي إلا الشيء اليسير من المأكول وليس له أن يهدي الدراهم ولا بأس للمرأة أن تتصدق من بيت زوجها بشيء يسير كرغيف ونحوه بدون استطلاع رأي الزوج لأن ذلك مأذون فيه عادة، وما روي

يملك الإعتاق على مال أيضاً لأنه إذا لم يملك الكتابة لأنها ليست بتجارة فلأن لا يملك الإعتاق على مال لهذا المعنى أولى لأنه تصرف ضار لأن فيه إزالة الملك في الحال بدين في ذمة المفلس فلعله يحصل ولعله لا يحصل وفي الكتابة لا يزول الملك ما لم يوجد أداء جميع بدل الكتابة لأن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم اهـ **قوله**: (**وكان قبض العوض إليه**) والحاصل أن المأذون يفعل ما كان من صنيع التجار وما لا فلا، ولهذا لا يكفل بنفس ولا مال ولا يقرض ولا يعتق على مال إلا إذا أجازه المولى ولا دين عليه فإن كان عليه دين يجوز بإجازة المولى ويضمن المولى قيمته للغرماء اهـ إتقاني. **قوله**: (**ولا يمكن أن يقدّر للضيافة تقدير**) قال شيخ الإسلام خواهرزاده في كتاب شرح المأذون الكبير: من الأصل لم يقدّر محمد في الكتاب مقدار ما يتخذ من الضيافة أنه بأي قدر يتخذ إلا أنه روي عن محمد بن سلمة أن ذلك على قدر مال تجارته مثلاً عشرة آلاف درهم فاتخذ ضيافة عشرة دراهم كان يسيراً اهـ إتقاني. وكتب ما نصه قال في الفتاوي الصغرى: العبد المأذون يملك التبرعات اليسيرة حتى يملك التبرع بما دون الدرهم ولا يملك التصدق بالدرهم ويملك اتخاذ الضيافة والإهداء وليس هذا بمقدّر بدرهم بل ما يعدّه التجار سرفاً ويملك الذي لا

---

(١) أخرجه الترمذي في الجنائز (١٠١٧)، وابن ماجه في التجارات (٢٢٩٦) واللفظ له.

أنه عليه الصلاة والسلام قال عام حجة الوداع: «**لا تخرج المرأة من بيت زوجها** فقيل له: والطعام، فقال عليه الصلاة والسلام: «الطعام أفضل أموالكم»[١] المراد به المدخر كالحنطة ودقيقها، وأما غير المدخر فلها أن تتصدق به على العادة الجارية بين الناس، والأب والوصي لا يملكان في مال الصغير ما يملكه العبد المأذون له من اتخاذ الضيافة اليسيرة والصدقة.

قال رحمه الله: (ويحط من الثمن بعيب) لأنه من صنيع التجار وقد يكون الحط أنظر له من قبول المعيب بخلاف الحط من غير عيب أو الحط أكثر من العادة لأنه تبرع محض بعد تمام العقد وهو ليس من صنيع التجار فلا ضرورة إليه بخلاف المحاباة ابتداء لأنه قد يحتاج إليه التاجر على ما بيناه وله **أن يؤجل في دين وجب له لأنه** من عادات التجار.

قال رحمه الله: (ودينه متعلق برقتبه **يباع فيه إن لم يفده سيده**) وقال زفر والشافعي رحمهما الله: يتعلق بالكسب لا بالرقبة **فلا تباع رقبته ويباع كسبه** بالإجماع. لهما أن رقبته ليست من كسبه فلا تباع في دينه كسائر أموال المولى وهذا لأن رقبته ملك المولى فلا يتعلق بها الدين إلا بتعليقه ولأن غرضه بالإذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال كان فلا يكون مشروعاً أصلاً. ولنا أن هذا دين **ظهر وجوبه في حق المولى** فيتعلق برقبته كدين الاستهلاك والمهر ونفقة الزوجات ولأن بيعه بالدين كان جائزاً حين كان يباع الحرّ بالدين على ما روي أنه عليه الصلاة والسلام «باع رجلاً يقال له **سرّق** في دينه»[٢]. فانتسخ في حق الحرّ فيبقى في حقه على حاله لعدم

يعدّونه سرفاً في المأكولات حتى لا يملك الإهداء في غير المأكولات اهـ إتقاني. **قوله: (لا تخرج المرأة من بيت زوجها)** كتب الشيخ الشلبي رحمه الله هنا ملحقاً ما نصه بغير إذنه اهـ نهاية شرح الهداية. **قوله: (وله أن يؤجل في دين وجب له لأنه إلخ)** ولو صالحه على أن يؤخر عنه بعضه ويحط عنه بعضه كان الحط باطلاً والتأخير جائز لأن الحط تبرع والتأخير وإن كان تبرعاً لكنه من صنيع التجار فأشبه الضيافة والهبة اليسيرة اهـ **قوله في المتن: (يباع فيه)** لكن لا بدّ من حضرة المولى وفي بيع كسبه يشترط حضرة العبد لا المولى وتمامه في الكفاية اهـ من خط شيخنا المقرى رحمه الله وسيأتي في كلام الشارح في الصفحة الآتية في الشرح اهـ **قوله في المتن: (إن لم يفده سيده)** أي بجميع دينه اهـ كفاية. **قوله: (فلا تباع رقبته إلخ)** قال في طريقة البرهانية: وأجمعوا على أن الرقبة تباع في دين الاستهلاك. **قوله: (ويباع كسبه)** أي في الدين اهـ **قوله: (ظهر وجوبه)** أي على العبد اهـ **قوله: (في حق المولى)**

---

(١) أخرجه الترمذي في الزكاة (٦٧٠) بلفظ «أوصل أموالنا».

(٢) ذكره الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٥٧).

المانع وفي تعلقه برقبته دفع الضرر عن الناس وحامل لهم على المعاملة وبه يحصل مقصودّ المولى لأن المعسر الذي ليس له مال لا يعامله أحد خوفاً من توى مالهم فلا يحصل غرضه، وإذا تعلق برقبته يعامل فيحصل غرضه وينتفي الضرر عنه بدخول ما اشتراه العبد في ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما جميعاً ويبدأ بالكسب لأنه أهون على المولى مع إيفاء حق الغرماء، وعند انعدامه يستوفي من الرقبة دفعاً للضرر عن الغرماء، ولا يعجل القاضي ببيعه بل يتلوّم لاحتمال أن يكون له مال يقدم عليه أو دين يقتضيه فإذا مضت مدة التلوم ولم يظهر له وجه باعه لأن القاضي نصب ناظراً للمسلمين وقد نظر للمولى بالتلوم فوجب النظر للغرماء بالبيع، ثم بيع القاضي هذا العبد مجمع عليه بين أصحابنا غير زفر، وإن كان أبو حنيفة رحمه اللّه لا يرى بيع القاضي مال المفلس ولا يرى الحجر على المكلف. والفرق له أنه إنما امتنع بيع القاضي مال المفلس لأن بيعه يؤدّى إلى الحجر عليه وهو لا يرى حجر المكلف فامتنع لذلك وأمّا العبد المأذون له فإنّ المولى محجور عليه عن بيعه قبل ذلك لأنه لا يملك بيعه بعدما تعلق برقبته الدين لما فيه من إبطال حق الغرماء فلا يكون محجوراً عليه ببيع القاضي / ولهذا المعنى يبيع القاضي كسب العبد أيضاً والمراد بالدين ما ظهر في حق المولى وأما ما لم يظهر في حقه فلا يباع العبد به ولا يطالب به إلا بعد الحرّية. [١٤٠/أ ٣]

قال رحمه اللّه: (وقسم ثمنه بالحصص) أي بين الغرماء لأن ديونهم متعلقة برقبته فيتخاصصون في الاستيفاء من البدل، كما في التركة ويشترط لبيع العبد نفسه أن يكون

أي للإذن منه اهـ **قوله: (سرّق)** قال في الإصابة في حرف السين: سرّق بضم أوله وتشديد الراء بعدها قاف وضبطه العسكري بتخفيف الراء وزان عدر وعمر وأنكر على أصحاب الحديث تشديد الراء ويقال: اسم أبيه أسد صحابي نزل مصر، ويقال: كان اسمه الحباب فغيره النبي ﷺ. وعن زيد بن أسلم قال: رأيت رجلاً شيخاً بالإسكندرية يقال له سرّق فقلت: ما هذا الاسم قال سمانيه رسول اللّه ﷺ اهـ مع حذف. وذكر في الإصابة في الكنى في ترجمة أبي عبداللّه القينى ما نصه أخرج الطبراني من طريق ابن لهيعة عن بكر بن سوادة عن الجيلي عن أبي عبد الرحمن القيني أن سرقاً اشترى من رجل براً قدم به فتقاصاه فتغيب عنه ثم ظفر به فأتى به النبي ﷺ فقال له: بع سرقاً قال: فانطلقت به فساومني به أصحاب النبي ﷺ ثلاثة أيام ثم بدا لي فأعتقه اهـ وقال في مجمع البحرين: وسرق مثال زمج من الصحابة وهو سرق بن أسد كان اسمه الحباب فسماه رسول اللّه صلى الّه عليه وسلم سرّقاً اهـ وفي المجمع في باب الجيم والزمج مثل الحرّد اسم طائر يقال له بالفارسية دره براً ذران اهـ وفي المغرب وسرق على لفظ جمع سارق اسم رجل وهو الذي باعه رسول اللّه ﷺ في دينه وهو

المولى حاضراً لأن المولى هو الخصم في رقبة العبد كما إذا ادّعى رقبته إنسان ولا يكون العبد فيه خصماً ولبيع كسبه لا يشترط حضور المولى ويشترط حضور العبد لأن العبد هو الخصم في كسبه ألا ترى أنه إذا ادّعى كسبه كان هو الخصم فيه.

قال رحمه اللّه: (وما بقي طولب به بعد عتقه) أي: ما بقي من الدين بعدما اقتسم الغرماء ثمنه يطالب به بعد الحرّية ولا يطالب به للحال لأن دينهم ثابت في ذمّته ولم يستوفوا الكل منه لأن رقبته لم تف به فيبقى دينهم على حاله في ذمّته فيستوفونه إذا قدر على إيفائه ولا يقدر إلا بعد العتق لأنه لا يمكن بيعه ثانياً ولا استسعاؤه لأن المشتري يتضرر بذلك ولأنه لو علم المشتري أنه يباع عليه ثانياً أو يستسعى يمتنع من شرائه فيؤدي إلى امتناع البيع بالكلية فيعود الضرر على غرمائه فلا يشرع ولأن الغرماء بالخيار إن شاؤا استسعوا العبد وإن شاؤا باعوه، فإذا باعوه لم يبق لهم تعلق به لأن من خير بين شيئين أو بين أشياء فاختار أحدها بطل خياره في غيره وليس له الجمع بين الكل ولو اشتراه بعد ذلك مولاه **الذي باعه للغرماء** لم يكن لهم على العبد تعلق لأن هذا ملك جديد بسبب جديد وتبدل الملك كتبدل العين حكماً فصار كأنه عبد آخر، ولأنهم لما اختاروا البيع بطل اختيار غيره على ما بينا، ولأنهم لما باعوا ملكوا السعاية للمشتري الأوّل بما أخذوا منه من الثمن وهو ملكه من المولى الأوّل فقام مقامه فلا يكون لهم الرجوع عليه كما لا يكون لهم الرجوع على المشتري الأوّل وفي نفقة الزوجة يباع مراراً كلما نفذت لأن النفقة تتجدد ساعة فساعة فتكون ديناً حادثاً بعد البيع ويتعلق دين الغرماء بجميع ما في يده في المال المكتسب بعد الدين وقبله بأيّ سبب كان **وقال زفر لا يتعلق** دينه إلا بما اكتسبه بطريق التجارة ولا يتعلق بما وهب للعبد أو تصدّق به عليه لأن وجوب الدين عليه بسبب التجارة فما كان من كسب تجارته يتعلق به الدين لاتحاد السبب وما لم يكن من كسب تجارته فهو كسائر أموال المولى. قلنا حق العبد مقدّم على حق المولى فإنه لا يأخذ من كسبه إلا الفاضل منه لأن العبد من أهل الاستحقاق فلا يسلم للمولى إلا بشرط الفراغ عن حاجة العبد لأن العبد ليس بأهل للملك فيخلفه كالميت يخلفه

حرّ اهـ **قوله: (الذي باعه للغرماء)** أي لأجل الغرماء اهـ **قوله: (وقال زفر لا يتعلق إلخ)** قال الإمام علاء الدين العالم في طريقته قال علماؤنا: رقبة العبد المأذون تباع بدين التجارة وقال الشافعي: لا تباع ثم قال فيها على هذا الخلاف أرش يد العبد وما اكتسبه العبد من الصيد والحطب والحشيش عندنا يصرف إلى الدين، وعنده لا يصرف وقال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره في باب الدين: يلحق المأذون في التجارة قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد: ما يلحقه من دين من شراء أو بيع أو استئجار استأجره أو غصب أو وديعة أو

وارثه بشرط الفراغ عن حاجته، ولا فرق في ذلك بين أن يكون مكتسباً بطريق التجارة أو غيرها كتركة الميت **ويسلم للمولى** ما أخذه من العبد قبل لحوق الدين لأنه حين أخذه منه كان فارغاً عن حاجته فيخلص له بمجرّد القبض. ولو كان المولى يأخذ من العبد كل شهر الغلة قبل لحوق الدين كان له أن يأخذ بعد لحوقه غلة مثله **استحساناً**. والقياس أن لا يجوز له ذلك لأن حق الغرماء مقدّم في كسبه على المولى. وجه الاستحسان أن في أخذه الغلة منفعة للغرماء فإنه يتركه على حاله لأجل ما يحصل له من المنفعة ولو لم يأخذ يحجر عليه فينسدّ عليهم باب الاكتساب فكان ما يأخذه من الغلة كتحصيل الكسب لهم فلا يمنع منه إلا إذا أخذ منه أكثر من غلة مثله فيستردّ منه الزيادة لأنه لو مكن من ذلك لم يحصل غرض الغرماء فلم يكن في أخذه فائدة لهم فيؤخذ فيه / بالقياس فيمنع فيقدّم فيه حقهم. [١٤٠ب/٣]

قال رحمه اللّه: (وينحجر بحجره إن علم به أكثر أهل سوقه) وقال الشافعي رحمه اللّه: حجره صحيح **وإن لم يعلم به أحد من أهل سوقه**، وهذا بناء على أن الوكيل ينعزل بعزل الموكل وإن لم يعلم عنده وعندنا لا ينعزل حتى يعلم وكذا لا يشترط

مضاربة أو بضاعة أو عارية مجحودة. **قوله: (ويسلم للمولى إلخ)** قال الإتقاني قال شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده في شرح المأذون الكبيرقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد: إذا أذن الرجل لعبده في التجارة فاكتسب مالاً فأخذه المولى هل يجب على المولى ردّ مثله على العبد أو ردّ عينه إذ لم يستهلكه، فهذا على وجهين إما أن يكون على العبد، دين أو لم يكن فإن لم يكن عليه دين فإنه لا يلزمه ردّ شيء على العبد وإن لحق العبد دين بعد ذلك وإن كان عليه دين وقت الأخذ كان عليه أن يرد عين ما قبض إلى العبد إن كان قائماً بعينه، وإن استهلكه ردّ عليه مثله اهـ **قوله: (استحساناً)** قال الإتقاني: وجه الاستحسان أن المولى إنما لا يملك أخذ كسب عبده المديون إذا لم يعط العبد بإزاء ما أخذ عوضاً يعدله فإما إذا أعطى ذلك بإزاء ما أخذ عوضاً يعدله فإنه يملك ذلك، الا ترى أنه لو اشترى شيئاً من كسبه بمثل قيمته وعليه دين جاز ذلك لأنه أخذه بعوض يعدله فإذا ثبت هذا نقول: غلة المثل أخذها بعوض وهو ما ترك على العبد من الاستخدام فإنه كان للمولى أن يستخدم عبده المديون فإن أخذ منه غلة المثل فقد ترك عليه الخدمة فكان آخذاً ما أخذ بعوض يعدله فصح أخذه بخلاف ما زاد على غلة المثل لأنه أخذه بغير عوض وإنما كان للمولى استخدام عبده المأذون لأنه إن كان للغرماء في هذا العبد حق فللمولى فيه ملك فإذا كان مشتركاً بين اثنين لا يبطل حق المولى فإذا كان مجردّ حق فأولى أن لا يبطل حق المولى في الخدمة اهـ **قوله: (وإن لم يعلم به أحد من أهل سوقه)** وهذا في الحجر القصدي أما إذا ثبت الحجر ضمناً فلا يشترط علم أهل سوقه كما في عزل الوكيل حكماً إذا باع المأذون أو وهبه

لصحة الحجر أن يعلم العبد نفسه عنده وعندنا يشترط، هو يقول إن المولى تصرف في خالص حقه فينفذ ولا يتوقف على علم غيره، ولنا أن حجره عليه لو صح بدون علمهم لتضرروا به لأنه إن اكتسب شيئاً فالمولى يأخذه وإن لحقه دين يقيم البينة أنه كان حجر عليه قبله فيتأخر حقهم إلى ما بعد العتق وهو موهوم وليس بمتحقق لا يدري أيعتق أم لا ومتى يعتق فيكون غارّاً لهم فلا يكون محجوراً عليه حتى يعلموا دفعاً للضرر عنهم ويكتفي بعلم أكثر أهل سوقه والقياس أن لا يكتفي إلا بعلم الجميع دفعاً للضرر عنهم، وجه الاستحسان أن إعلام الكل متعذر أو متعسر وفيه حرج وهو مندفع فيكتفي بالأكثر لأن الاشتهار وهو المقصود يحصل بذلك **ولو حجر عليه بحضرة الأقل** لم يصر محجوراً عليه حتى لو بايعه من علم منهم ومن لم يعلم جاز البيع لأنه لما صار مأذوناً له في حق من لم يعلم صار مأذوناً له في حق من علم أيضاً لأن الإذن لا يقبل التخصيص على ما بينا أو نقول أن الحجر لا يتجزأ كما لا يتجزأ الإذن لأنه ضدّه فكان كل واحد منهما لا يقبل التخصيص فترجح جانب الكثرة فيكون الحكم له لأن الأكثر يقوم مقام الكل في كثير من الأحكام لا سيما في موضع الاشتهار لأنه من الإكثر يحصل الاشتهار حتى يستوعب الكل ولهذا اكتفى بتبليغ الرسالة إلى الأكثر حتى لا يعذر أحد بعد ذلك بالجهل بأحكام الشرع بل يلزمه بعد الإسلام وإن كان جاهلاً بها بخلاف ما إذا كان في موضع لم تبلغه كدار الحرب. ويبقى العبد مأذوناً له إلى أن يعلم بالحجر **كما يبقى الوكيل على وكالته** حتى يبلغه العزل ولأنه لو انحجر من غير علمه لتضرر بتصرفه بعد الحجر وبلزوم قضاء ما لزمه به

من رجل فقبضه الموهوب له ينحجر حكماً ولا يشترط على أحد اهـ إتقاني. **قوله**: **(ولو حجر بحضرة الأقل إلخ)** قال الإتقاني: فإذا باع العبد المأذون له في التجارة واشترى فلحقه دين أو لم يلحقه ثم أراد مولاه أن يحجر عليه فليس يكون الحجر إلا في أهل سوقه ولو حجر عليه في بيته ثم باع العبد أو اشترى وهو قد علم بذلك فبيعه وشراؤه جائز. **قوله**: **(كما يبقى الوكيل على وكالته إلخ)** ولو خرج العبد إلى بلد للتجارة فأتى المولى أهل سوقه فأشهدهم أنه قد حجر عليه والعبد لا يعلم بذلك لم يكن حجراً عليه لأن الأصل في الإذن والحجر هو العبد وإنما ثبت حكمه في حق غيره تبعاً ولم يثبت حكمه في حقه لعدم العلم فكذا في حق غيره، ألا ترى أن هذا بمنزلة العزل في حقه وحكم العزل يقف على العلم وإذا باع بعد ذلك أهل سوقه أو غيرهم فهو جائز لأن حكم الإذن قائم، وإن علم العبد بذلك بعد يوم أو يومين فهو محجور عليه لأن الحجر صحيح إلا أنه لم ينفذ لعدم العلم حتى لا يؤدّي إلى الغرور فينفذ إذا علم بمنزلة عزل الوكيل وما اشترى وما باع قبل أن يعلم به فهو جائز لأن حكم الحجر مقصور على العلم اهـ إتقاني. وكتب ما نصه وإذا أشهد المولى أهل

بعد الحرّية من خالص ماله وهو لم يرض به وإنما يشترط أن يكون الحجر شائعاً فيما إذا كان الإذن شائعاً، أما إذا لم يعلم بالإذن إلا العبد ثم حجر عليه بعلم العبد صار محجوراً عليه لعدم الإضرار بأحد.

قال رحمه الله: (وبموت سيده وجنونه ولحوقه بدار الحرب مرتداً) أي يصير محجوراً عليه بهذه الأشياء علم العبد أو لم يعلم لأن الإذن غير لازم وما لا يكون لازماً من التصرف يعطي لدوامه حكم الابتداء كأنه يأذن له ابتداء في كل ساعة لتمكنه من الفسخ والحجر عليه في كل ساعة فتركه على ما كان عليه كإنشاء الإذن فيه فيشترط قيام الأهلية في تلك الحالة، كما يشترط في الابتداء وقد زالت الأهلية بالموت والجنون وكذا باللحاق لأنه موت حكماً حتى يعتق مدبروه وأمّهات أولاده ويقسم ماله بين ورثته فصار محجوراً عليه في ضمن بطلان الأهلية فلا يشترط فيه علمه ولا علم أهل سوقه لأن الحجر حكمي فلا يشترط فيه العلم كانعزال الوكيل بهذه الأشياء وبافتراق الشريكين، وكما إذا أخرجه المولى عن ملكه وكالشركة المفاوضة تبطل بملك أحدهما ما لا تصح فيه الشركة وتصير عناناً وإن كان أحدهما

السوق أنه قد حجر على عبده وأرسل إليه رسولاً أو كتب إليه كتاباً فبلغه الكتاب أو أخبره الرسول فهو محجور عليه لأن العلم قد وقع به لأن قول الرسول كقول المرسل وكذلك الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر وسواء كان الرسول عدلاً أو غير عدل لأن الرسول ينقل كلام المرسل ولو أخبره بذلك رجل لم يرسله مولاه لم يكن حجراً في قول أبي حنيفة حتى يخبره رجلان أو رجل عدل يعرفه العبد وقال أبو يوسف ومحمد: إن أخبره بذلك رجل أو امرأة أوصبي أو عبد صار محجوراً عليه بعد أن يكون الخبر حقاً وإذا أذن الرجل لعبده في التجارة فاشترى وباع وهو لا يعلم بإذن المولى ولم يعلم به أحد فهو ليس بمأذون ولا يجوز شيء من ذلك لأن الإذن لا يسمى إذناً بدون العلم فلو أمر المولى قوماً أن يبايعوه فبايعوه والعبد لا يعلم بالإذن كان شراؤه وبيعه جائزاً هذا رواية المأذون، وفي رواية الزيادات لا يجوز، وقال فخر الإسلام في باب بيع الأب والوصي من زياداته: رجل قال لرجل: بع عبدي هذا من ابني فلان بكذا فذهب فباعه فإن أخبر الابن بذلك صار مأذوناً وصح البيع وإن لم يخبره حتى باعه منه لم يصح وكذلك لو قال: إذهب فاشتر عبد ابني منه بكذا وذكر في كتاب الوكالة في موضع كذا وقال في موضع يصح اهـ إتقاني. وكتب أيضاً ما نصه وإذا أذن المولى لعبده في التجارة فلم يعلم بذلك أحد ولم يبع ولم يشتر حتى حجر عليه بعلم منه غير محضر من أهل سوقه فهو حجر عليه لأن هذا إذن خاص ورد عليه حجر خاص فعمل فيه وهذا لأنا لو قلنا بإعماله فيه لا يؤدي إلى الغرور بأحد، ولو علموا بذلك قبل أن يقول: حجرت كان الحجر باطلاً حتى يحجر في أهل سوقه لأنه صار عاماً ولو لم يعلم به

لا يملك إبطالها، والمراد بالجنون المطبق وقد ذكرناه في الوكالة والاختلاف فيه.

قال رحمه الله: (وبالإباق) أي وبالإباق أيضاً يصير محجوراً عليه حكماً حتى لا يشترط أن يعلم أهل سوقه كما في الجنون وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يكون محجوراً عليه بالإباق لأن الإباق لا ينافي ابتداء الإذن، ألا ترى أنه إذا أذن لعبده المحجور عليه الآبق صح وجاز للعبد أن يتّجر إذا بلغه فلأن لا يمنع بقاءه وهو دونه أولى فصار/ كما إذا غصب وهذا لأن صحة الإذن باعتبار ملك المولى وقيام رأيه ولم يختل ذلك بإباقه فكيف يصير محجوراً عليه بخلاف ما إذا جن المولى وإخواته على ما بينا. ولنا أن المولى لم يرض بتصرف عبده المتمرّد الخارج عن طاعته عادة فكان حجراً عليه دلالة والحجر مما يثبت بالدلالة كالإذن والإباق يمنع الابتداء عندنا على ما ذكره شيخ الإسلام المعروف بخواهرزاده. قلنا: أن نمنع **ولئن سلمنا** فالدلالة ساقطة العبرة مع التصريح بخلافها، وأما الغصب فإن كان المولى يتمكن من أخذه بأن كان الغاصب مقرّاً بالغصب أو كان للمالك بينة أن ينتزعه من يد الغاصب وينتزع كسبه **فيجوز أن يأذن له** ابتداء فكذا بقاء دلالة، وإن كان لا يتمكن من أخذه بأن كان الغاصب جاحداً ولم يكن للمالك بينة يمتنع الإذن ابتداء فكذا بقاء لعدم ما يدل عليه ولو عاد من الآباق **فالصحيح أن الإذن لا يعود**.

[١٤١/ ٣]

قال رحمه الله: (والاستيلاد) أي الأمة المأذون لها تصير محجوراً عليها

أحد غير العبد ثم حجر عليه والعبد لا يعلم به فاشترى وباع كان مأذوناً والحجر باطل لأن حكم الحجر لا يلزمه إلا بالإذن اهـ إتقاني. **قوله**: **(ولئن سلمنا الخ)** وبعض مشايخنا جوّزوا ابتداء الإذن الآبق ولم يجوّزوا إبقاء الإذن فيه وإليه ذهب شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي وصححه صاحب الهداية اهـ إتقاني. **قوله**: **(فيجوز أن يأذن له الخ)** قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: فإن بايعه رجل ثم اختلفا فقال المولى: كان آبقاً، وقال الذي بايعه: لم يكن آبقاً لم يصدّق المولى على إباقه إلا ببينة لأنه يدعي الحجر بعد الإذن ولأن الظاهر يشهد للآخر لأن الغالب في العبيد الانقياد والطاعة دون التمرد فإن أقام المولى البينة أنه أبق منه إلى موضع كذا وأقام الذي بايعه البينة إن المولى أرسله إلى ذلك الموضع ليشتري فيه ويبيع فالبينة بينة الذي بايع العبد أيضاً والقياس أن تكون البينة بينة المولى لأنه هو المدّعي، ألا ترى أن القول قول الآخر ولكن نقول: بأن بينة الذي بايع العبد أكثر إثباتاً لأنه يثبت طاعة العبد وكونه مأذوناً ظاهراً وفي الحقيقة غرضه إثبات استحقاق رقبته بالدين والمولى يثبت الإباق ظاهراً وفي الحقيقة غرضه نفي الاستحقاق والبينات حجة للمدّعين فكان قبول بينة من هو مدعٍ من كل وجه أولى اهـ إتقاني. **قوله**: **(فالصحيح أن الإذن لا يعود)** أي لأنه زال ولاية البيع بالإباق فيعتبر بما

باستيلادها المولى، وقال زفر رحمه الله: لا تصير محجوراً عليها وهو القياس لأن المولى إذا أذن لأم ولده ابتداء يجوز فكذا بقاء وجه الاستحسان أن العادة جرت بتحصين أمّهات الأولاد وأنه لا يرضى بخروجها واختلاطها بالرجال في المعاملة والتجارة ودليل الحجر كصريحه كما قلنا بخلاف ما إذا أذن لأمّ ولده صريحاً لأن الصريح يفوق الدلالة فكان أولى بالأخذ به ونظيره إذا قدّم مائدة لإنسان يكون إذناً منه بالأكل حتى حل له التناول ثم إذا نهاه صريحاً عن الأكل لا تعتبر الدلالة.

قال رحمه الله: (لا بالتدبير) يعني المأذون لها لا تصير محجوراً عليها بالتدبير لأن العادة لم تجر بتحصين المدبرة فلم يوجد دليل الحجر فبقيت على ما كانت إذ لا تنافي بين حكمي التدبير والإذن، لأن حكم التدبير انعقاد حق الحرّية في الحال وحقيقة الحرية في المآل. وحكم الإذن فك الحجر وحق الحرّية لا يمنع فكاك الحجر.

قال رحمه الله: (وضمن بهما قيمتهما للغرماء) أي ضمن المولى بالاستيلاد والتدبير قيمتهما لأنه أتلف بالتدبير والاستيلاد محلاً تعلق به حق الغرماء لأنه بفعله امتنع بيعهما وبالبيع يقضي حقهم.

قال رحمه الله: (وإن أقرّ بما في يده بعد حجره صح) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله سواء أقرّ بأنه أمانة عنده أو غصب أو أقرّ بدين فيقضيه منه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا يصح إقراره وهو القياس لأن المصحح لإقراره هو الإذن وقد زال بالحجر ويده على أكسابه قد بطلت بالحجر لأن يد المحجور عليه غير معتبرة فصار كما إذا أخذه المولى من يده بعد حجره عليه قبل إقراره أو ثبت حجره بالبيع ونحوه أو كان عليه دين مستغرق لما في يده قبل الحجر فأقر بعد الحجر بدين آخر أو كان الذي في يده من المال حصله بعد الحجر بالاحتطاب ونحوه ولهذا لا يصح إقراره في حق رقبته بعد الحجر عليه حتى لا تباع رقبته بالدين بالإجماع. ولا يلزم على هذا عدم أخذ المولى ما أودعه عبده الغائب المحجور عليه لأن منع المولى من أخذه هناك فيما إذا لم يعلم أنه كسب العبد حتى إذا علم أنه كسبه كان له أن يأخذه، ووجه الاستحسان أن المصحح للإقرار قبل الحجر عليه هو اليد ولهذا لا يصح إقراره قبل الحجر عليه فيما أخذه المولى واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكماً فراغ ما في يده من الأكساب عن حاجته وإقراره دليل على تحققها بخلاف ما إذا انتزعه المولى من يده قبل الإقرار لأن يده قد زالت عنه ويد المولى

لو زال ولاية البيع بزواله عن ملكه ولو زال ولاية بيع المولى بزوال ملكه ثم عاد العبد إلى

[١٤١/ب/٣] ثابتة فيه حقيقة وحكماً فلا تبطل بإقراره وبخلاف / إقراره بعدما باعه المولى من غيره لأنه بالدخول في ملك غيره صار كعين آخر لما عرف أن تبدّل الملك كتبدّل العين فصار إقراره كإقرار عبد آخر فلا يقبل فيما في يده كما لا يقبل فيما أخرجه من يده وبخلاف ما إذا كان عليه دين مستغرق لما في يده وقت الحجر عليه لأن حق أصحاب الديون تعلق بما في يده فلا يقبل إقراره في إبطال حقهم فيقدّمون على المقر له كالمريض يقرّ بدين وعليه دين في صحته فإن إقراره لا يقبل في حق غرمائه فيقدّمون عليه، وبخلاف ما اكتسبه بعد الحجر لأن حقهم لم يتعلق به لما أن حق الغرماء لم يتعلق بكسب المحجور عليه وبخلاف رقبته لأنها ليست في يده ولأن ملك المولى في الرقبة ثابت حتى ينفذ فيها إعتاقه وإن كان على العبد دين مستغرق فلا يملك إبطاله بخلاف ما في يده من الإكساب فإن المولي لا يملكه إذا استغرقه الدين ويد العبد فيه ثابتة حقيقة ولو ارتفعت لارتفعت حكماً للحجر وشرط ارتفاعه بالحجر أن لا يكون عليه دين، ألا ترى أن المولى ممنوع عن إبطال يد العبد ما دام عليه دين حتى يوفيه، ولما كان شرط ولاية إبطال يد العبد عدم الدين لا يحكم بنفاذ الحجر في حق زوال يد العبد عما في يده ما لم يثبت عدم الدين بدليله ولا يكتفي بثبوت عدم الدين لعدم دليل وجوده كمن قال لعبده إن لم أدخل الدار اليوم فأنت حرّ فمضى اليوم لم يعتق إذا ادّعى المولى الدخول وإن كان الأصل عدم الدخول وهو ثابت لعدم دليل الدخول لأن عدمه لما جعل شرطاً لثبوت العتق لم ينفذ العتق بالعدم الثابت لعدم دليل الوجود فكذا هذا وهو الذي يقوله الفقهاء الظاهر لا يصلح للاستحقاق ويصلح للدفع وهو استصحاب الحال وإذا لم يثبت الحجر بمثل هذا العدم في حق ما في يده بقي الإذن على حاله في حقه كأنه لم يحجر عليه.

قال رحمه اللّه: (ولا يملك سيده ما في يده لو أحاط دينه بماله ورقبته فبطل تحريره عبداً من كسبه) وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه. وقالا يملك ما في يده من كسبه وينفذ عتقه في عبده **ويغرم قيمته للغرماء** لأنه يملك المأذون له فيملك كسبه بالضرورة لأن ملك الرقبة سبب لملك كسب الرقبة لأن الرقبة أصل وكسبه فرع واستغراقهما بالدين لا يوجب خروج المأذون له عن ملكه حتى لو أعتقه نفذ عتقه فيه وملك وطء المأذون لها، فكذا كسبه الذي في يده لأنه يتبع أصله فيكون مثله، وتعلق حق الغرماء به استيفاء لا يوجب خللاً في ملكه ولو أوجب لما حل وطء

قديم ملكه لا يعود مأذوناً فكذا هذا اهـ إتقاني. **قوله: (ويغرم قيمته للغرماء)** أي إن كان المولى موسراً وإن كان معسراً فللغرماء أن يضمنوا العبد المعتق ويرجع هو بذلك على

المأذون لها إذْ الوطء لا يحل بدون كمال الملك بخلاف الوارث إذا أعتق عبداً في التركة وهي كلها مشغولة بالدين حيث لا ينفذ العتق لأن انتقال الملك إلى الوارث عند استغنائه عنه نظراً له ولهذا يقدّم في الإرث الأقرب فالأقرب لأن الصرف إلى الأقرب أنفع له فإذا كان عليه دين كان النظر له في الصرف إلى قضاء الدين دون النقل إلى الورثة فلا يملكونه ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن ملك المولى إنما يثبت في كسب العبد التاجر خلافة عنه عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما بيناه والمحيط به الدين مشغول بحاجته فلا يخلفه فيه ولا يدخل في ملكه فلا يعتق بإعتاقه لأنه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم بخلاف رقبته لأن المولى لا يخلفه في ملك رقبته بل كان مالكاً له من قبل الإذن فبقي ملكه بعد الدين على ما كان قبله، وهو نظير المكاتب فإن المولى يملك رقبته حتى يعتق بإعتاقه ولا يملك ما في يده من أكسابه حتى لا ينفذ إعتاقه فيه فإذا نفذ عتقه في رقبة المأذون له عنده وعندهما فيه وفي كسبه يغرم المولى للغرماء قيمته لأنه أتلف بالإعتاق ما تعلق به حقهم، وكذا لو أتلف المولى ما في/ يده من العبيد يضمن لما ذكرنا لكن يضمن قيمته للحال [١٤٢ أ/٣] عندهما لأنه ملكه وإنما ضمنه لتعلق حق الغير به وعنده في ثلاث سنين لأنه ضمان جناية لعدم ملكه. ولوا شترى ذا رحم محرم من المولى لم يعتق عنده لعدم الملك وعندهما يعتق، ولو استولد جارية عبده المأذون له وعليه دين مستغرق صارت أمّ ولد له ويضمن قيمتها ولا يضمن عقرها ولا قيمة ولدها، وهذا بالاتفاق لأن عندهما ملكه باقٍ حقيقة وعنده صادف حق الملك، ولهذا لا يجوز للمولى أن يتزوّجها ولو أعتقها المولى وعلى العبد دين مستغرق ثم وطئها فولدت عتقت بالاستيلاد وعليه العقر لها. ويثبت نسب الولد منه عند أبي حنيفة رضي الله عنه لأن العتق توقف عنده على أن ينفذ عند تملك الجارية، ألا ترى أنه لو قضى دين الغرماء أو أبرأ الغرماء العبد عن ديونهم حتى ملك الجارية نفذ عتقه. فكذا إذا ملك الجارية بالاستيلاد ذكره في المحيط.

قال رحمه الله: (وإن لم يحط صح) أي وإن لم يحط الدين برقبته وبما في يده جاز عتقه، وهذا بالإجماع، أما عندهما فظاهر وكذا عنده في قوله الآخر وفي قوله الأوّل لا يملك فلا يصح إعتاقه لأن الدين متعلق بكسبه وفي حق التعلق لا فرق بين القليل والكثير كما في الرهن. وجه قوله الآخر أن الشرط هو الفراغ وبعضه فارغ وبعضه مشغول فلا يجوز أن يمنع الملك في الكل لأن شرط عدم الملك لم يوجد في الكل. ولا يجوز أن يمنع بقدره لأن البعض ليس بأولى من البعض فيثبت الملك في الكل ولأنه لا يخلو عن قليل دين ولو جعل القليل مانعاً لانسدّ باب الانتفاع بكسب

عبده فيختل ما هو المقصود من الإذن وأصله أن إستغراق التركة بالدين يمنع ملك الوارث في التركة وإن كان غير مستغرق ففي قول أبي حنيفة رحمه اللّه الأول كذلك وفي قوله الآخر يملك الوارث جميع التركة على **ما يجيء تقريره من بعد** إن شاء اللّه تعالى.

قال رحمه اللّه: (ولم يصح بيعه من سيده إلا بمثل القيمة) لأنه لا تهمة في البيع له بمثل القيمة فيجوز بأقل منه فيه تهمة فلا يجوز وهذا لأن حق الغرماء تعلق بالمالية **فليس له أن يبطل حقهم** بخلاف ما إذا حابى الأجنبي عند أبي حنيفة رحمه اللّه لأنه لا تهمة فيه وبخلاف ما إذا باع المريض عيناً من وارثه بمثل قيمتها حيث لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه اللّه لأن المريض ممنوع عن إيثار بعض الورثة بالعين لأن الناس لهم أغراض في العين فلا يملك إيثار بعض الورثة بها وفي حق غيرهم ممنوع عن إبطال المالية حتى كان له أن يبيع جميع ماله بمثل القيمة وبأقل منه إلى ثلثي القيمة إذا لم يكن عليه دين لأن له أن يحابي بقدر الثلث كما يجوز له أن يتبرّع به،

المولى وبه صرح الكرخي في مختصره اهـ إتقاني. **قوله: (على ما يجيء تقريره من بعد)** أي في كتاب القسمة اهـ تقدّم في آخر كتاب الصلح اهـ **قوله: (فليس له أن يبطل حقهم)** اعلم أن العبد المأذون المديون إذا باع من مولاه شيئاً بمثل قيمته جاز باتقاف أصحابنا جميعاً لأن البيع مفيد أما عند أبي حنيفة فلأنه يفيد ملك الرقبة والتصرف في الكسب لأن دين العبد يمنع ملك المولى في الكسب والبيع أفاد الملك فيه، وأما عند أبي يوسف ومحمد فلأنه يستفيد ملك اليد والتصرف في كسب العبد ويجوز أن يثبت للعبد على مولاه دين لأنه مفيد لحق الغرماء كما يثبت الملك له في كسبه ولهذ لو استهلك المولى شيئاً من كسب عبده المأذون المديون يضمنه للعبد فصار كبيع المضارب مال المضاربة من رب المال لأنه يفيد التصرف بخلاف ما إذا لم يكن على العبد دين حيث لا يجوز بيعه من مولاه لأنه ليس بمفيد لأنه مولاه يملك ولاءه رقبة وتصرفاً هذا إذا باعه بمثل القيمة، أما إذا باعه من مولاه بأقل من قيمته بأن حابى في الثمن هل يجوز أم لا، أطلق القدوري الجواب في مختصره بلا ذكر الخلاف فقال: وإن باعه بنقصان لم يجز، وقال الإمام الإسبيجابي في شرح الطحاوي: والعبد المأذون له في الشفعة فيما بينه وبين مولاه وبينه وبين غيره كالحرّ بيانه أن المولى إذا باع داراً بجنب دار العبد إن لم يكن على العبد دين فلا شفعة له لأنه لو أخذه كان لمولاه والأصل أن كل من باع أو بيع له فلا شفعة له، وإن كان عليه دين أخذ الدار بالشفعة وكذلك لو باع العبد داراً والمولى شفيعها إن كان العبد لا دين عليه فلا شفعة له لأنه بيع له وإن كان عليه دين فله الشفعة ولو اشترى العبد داراً والمولى شفيعها فإن لم يكن عليه دين فالدار للمولى ولا حاجة إلى الأخذ بالشفعة، وإن كان عليه دين فله أن يأخذها بالشفعة.

وبعد موت المريض الغرماء أحق بالمالية والورثة أحق بالعين حتى **كان لهم أن يستخلصوها بالقيمة**، وكذا لبعضهم إذا سلم البعض وهذا الحق لهم في التركة كحق المولى في مال عبده المأذون له المديون حتى كان له استخلاصه بالقيمة وحق الغرماء في الموضعين لم يتعلق إلا بالمالية حتى لا يكون لهم الاستخلاص بالقيمة أصلاً وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما اللّه: إن باعه من المولى جاز البيع فاحشاً كان الغبن أو يسيراً **ولكن يخير بين أن يزيل الغبن وبين أن ينقض البيع** لأن في المحاباة إبطال حق الغرماء في المالية فيتضررون به بخلاف البيع من الأجنبي بالغبن اليسير حيث يجوز عندهما ولا يؤمر المشتري بإزالته والمولى يؤمر بإزالته لأن البيع باليسير من الغبن متردّد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقوّمين فاعتبرناه تبرعاً في البيع من المولى للتهمة غير/ تبرع في حق الأجنبي لانعدامها وبخلاف ما إذا باع من [١٤٢/ب/٣] الأجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز أصلاً عندهما ومن المولى يَجوز ويؤمر بإزالة المحاباة لأن المحاباة لا تجوز من العبد المأذون له على أصلهما إلا بإذن المولى ولا إذن في البيع من الأجنبي وهو آذن فيما يشتريه بنفسه غير أن إزالة المحاباة لحق الغرماء واختلفوا في قول أبي حنيفة رضي اللّه عنه قيل: يفسد البيع لأن ردّ هذا البيع للتهمة فأشبه بيع المريض من وارثه بخلاف بيعه له بمثل القيمة حيث يجوز لأنه لا تهمة فيه **بخلاف بيع المريض من وارثه بمثل القيمة** عنده حيث لا يجوز لما ذكرنا، والأصح أن قوله كقولهما لأن المولى بسبيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة دون

ولو أن المولى باع داراً من العبد إن لم يكن عليه دين فلا يكون بيعاً وإن كان عليه دين فالبيع جائز ويأخذ الشفيع إن كان بمثل قيمته أو أقل وإن كان أكثر من قيمته فالبيع باطل عند أبي حنيفة ولا شفعة فيه وقال أبو يوسف ومحمد: المولى بالخيار إن شاء أبطل الزيادة ويجوز البيع ويأخذ الشفيع بما سلم للعبد، وإن شاء ردّ البيع فلا شفعة للشفيع إلا أن يأخذ بجميع الثمن وإن كان على العبد دين فباع داراً من المولى إن كان أكثر من قيمته أو بمثلها جاز ويأخذ الشفيع الدار بالشفعة، وإن كان أقل من قيمته فالبيع فاسد عند أبي حنيفة ولا شفعة فيها وعندهما المحاباة لا تجوز، ويأخذ الشفيع الدار بالقيمة إن شاء إلى هنا لفظ شرح الطحاوي اهـ إتقاني رحمه اللّه تعالى. **قوله: (حتى كان لهم أن يستخلصوها بالقيمة)** سيأتي في آخر كتاب الوصية قبيل كتاب الخنثى أن للوارث أن يستخلص التركة بقضاء الدين من محل آخر فراجعه اهـ **قوله: (ولكن يخير بين أن يزيل الغبن)** أي الفاحش واليسير أيضاً اهـ **قوله: (وبين أن ينقض البيع)** فأما على قول أبي حنيفة فالبيع لا يجوز وإن بلغ المولى الثمن إلى تمام القيمة اهـ غاية. **قوله: (بخلاف بيع المريض من وارثه بمثل القيمة عنده إلخ)** قال في المختلف: وهو نظير اختلافهم في بيع المريض عيناً من وارثه أنه لا يجوز عنده

البيع فلأن يكون له ذلك بالبيع أولى فصار تصرفه مع مولاه كتصرف المريض المدين مع الأجنبي والغبن الفاحش واليسير سواء عنده كقولهما.

قال رحمه اللّه: (وإن باع سيده منه بمثل قيمته أو أقل صح) لأن المولى أجنبي عن كسبه عنده إذا كان عليه دين والكلام فيه لأنه لا يملك كسبه فيخرج المبيع عن ملكه فيصح كما في الأجنبي، وعندهما جواز البيع يعتمد الفائدة وقد وجدت فإن المولى يستحق أخذ الثمن والعبد المبيع فثبت لكل واحد منهما ما لم يكن ثابتاً قبل ذلك فأفاد.

قال رحمه اللّه: (ويبطل الثمن لو سلم قبل قبضه) أي لو سلم المولى المبيع قبل قبض الثمن بطل الثمن فلا يطالب العبد بشيء لأنه بتسليمه المبيع سقط حقه في الحبس ولا يجب له على عبده دين فخرج مجاناً بخلاف ما إذا كان الثمن عرضاً حيث يكون المولى أحق به من الغرماء لأنه تعين بالعقد فملكه به عنده وعندهما تعلق حقه بعينه فكان أحق به من الغرماء إذ هو ليس بدين يجب في ذمة العبد ويجوز أن يكون عين ملكه في يد عبده وهو أحق به من الغرماء، كما لو غصب العبد شيئاً من ماله أو أودع ماله عند عبده **أو قبض المبيع بغير إذن المولى** وبخلاف ما إذا باع العبد من سيده فسلم إليه المبيع قبل قبض الثمن حيث لا يسقط الثمن لأنه يجوز أن يثبت

أصلاً وعندهما لا تجوز المحاباة والجامع التهمة وفرق بينهما أبو حنيفة في حكم وهو أن البيع بمثل القيمة هاهنا يجوز وفي المريض لا يجوز لأن نفس الإيثار بالعين فيه تهمة والتهمة هاهنا في النقصان، وقال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: والصحيح أنه يصح على قول الكل لأن المولى بسبيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلأن يكون ذلك بالبيع أولى ولو كان المولى أخذه واستهلكه فعليه الثمن وتمام القيمة لأن المولى مخير بين تتميم القيمة وبين نقض البيع فمتى استهلكه تعذر نقضه فلزمه تتميم القيمة اهـ غاية. قال الكاكي رحمه اللّه: وفي الكافي هذا الذي ذكرنا قول بعض المشايخ وهو قوله وإن باعه بنقصان لم يجز عنده ويجوز عندهما ويخير المولى الخ والصحيح أن قوله كقولهما لأن المولى بسبيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلأن يكون ذلك بالبيع أولى وصار العبد في تصرفه مع مولاه كالمريض المديون مع الأجنبي وفي المبسوط لم يجز عندهما أيضاً كالمريض المديون مع الأجنبي، والأصح أن هذا قولهم جميعاً لأن العبد مع المولى كالمريض مع الأجنبي وهكذا ذكره في مبسوط الإسبيجابي وفي النهاية ما ذكر في الكتاب وإن باعه بنقصان لم يجز عنده وقال أبو يوسف ومحمد: إن باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى إلخ وقع على غير الأصح اهـ **قوله: (أو قبض المبيع بغير إذن المولى)** وهذا يتأتى على قولهما لأنه ملكه عندهما اهـ من خط

للعبد المأذون له المديون دين على مولاه، ألا ترى أنه لو استهلك المولى شيئاً من إكساب عبده المديون ضمن للعبد هذا جواب ظاهر الرواية **وعن أبي يوسف رحمه اللّه أن للمولى** أن يسترد المبيع إن كان قائماً في يد العبد ويحبسه حتى يستوفي الثمن لأن المولى لم يسقط حقه من العين إلا بشرط أن يسلم له الثمن ولم يسلم فبقي حقه في العين على حاله فيتمكن من استرداده ما بقي العين قائماً في يده لأنه يجوز أن يكون العين المملوكة للمولى في يد عبده فكذا يجوز أن يكون له ملك اليد فيه، وأما بعد استهلاكه فقد صار ديناً فلا يمكن إيجابه على عبده.

قال رحمه اللّه: (وله حبس المبيع بالثمن) أي للمولى حبس المبيع حتى يستوفي الثمن من العبد لأن البيع لا يزيل ملك اليد ما لم يصل إليه الثمن فيبقى ملك اليد للمولى على ما كان عليه حتى يستوفي الثمن ولهذا كان أخص به من سائر الغرماء ولأن للدين تعلقاً بالعين لأنه يقابلها ويسلم بسلامتها فكان له شبه بالعين المقابل له فيكون للمولى حق فيه لتعلق حقه بالعين، ولهذا يستوجب بدل الكتابة على المكاتب لما أنه مقابل برقبته مع أنه لا يجب له على عبده دين بخلاف ما إذا سلم المولى المبيع أوّلاً حيث يسقط دينه لذهاب تعلق حقه بالعين فيصير الثمن ديناً مطلقاً، فيسقط **ولو باع المولى شيئاً من العبد** بأكثر من قيمته يؤمر بإزالة المحاباة أو نقض البيع قليلة كانت المحاباة أو كثيرة لأن الزيادة تعلق بها حق الغرماء **كما بيّنا** في جانب العبد بخلاف ما إذا اشترى من غير المولى حيث يجوز باليسير من المحاباة عندهما وعنده يجوز مطلقاً والمعنى / قد بيناه، وقوله: يؤمر بإزالة المحاباة يدل على أن البيع يقع جائزاً ويجوز أن يكون على الروايتين عند أبي حنيفة رحمه اللّه على ما بيناه، هذا كله فيما إذا كان على العبد دين وإن لم يكن عليه دين لا تجوز مبايعته مع المولى لعدم الفائدة لأن الكل ماله ولا حق فيه لغيره. [١٤٣/ ٣]

قال رحمه اللّه: **(وصح إعتاقه)** أي جاز إعتاق المولى عبده المأذون له المستغرق

الشارح. **قوله: (وعن أبي يوسف أن للمولى)** أن يأخذ الثمن وفي رواية له الخ اهـ إتقاني.
قوله: (ولو باع المولى شيئا من العبد إلخ) قال في الهداية: ولو باعه بأكثر من قيمته يؤمر بإزالة المحاباة أو بنقض البيع كما بينا في جانب العبد لأن الزيادة تعلق بها حق الغرماء اهـ
قوله: (كما بينا) إشارة إلى قوله ويخير المولى بين إزالة المحاباة الخ فصاحب الكتاب أطلق لفظ المحاباة هنا من غير ذكر خلاف وهذا وقع على اختيار صاحب المبسوط من الأصح كما قرّرنا، أما على اختيار صاحب الكتاب وهو رواية مبسوط شيخ الإسلام هذا البيع لا يجوز أصلاً عند أبي حنيفة فلا يرد التخيير عنده وعندهما يجوز البيع مع التخيير وفي الكافي ويحتمل أن يكون البيع فاسداً عند أبي حنيفة على قول بعض المشايخ كما في الفصل

بالدين وهذا بالإجماع لقيام ملكه فيه وإنما الخلاف في أكسابه بعد الاستغراق بالدين وقد بيناه.

قال رحمه الله: (وضمن قيمته لغرمائه) أي المولى ضمن قيمة المعتق لغرمائه لأنه أتلف ما تعلق به حقهم بيعاً واستيفاء من ثمنه، ولا وجه لردّ العتق لأنه لا يقبل الفسخ فأوجبنا الضمان عليه دفعاً للضرر عن الغرماء بخلاف ما إذا كان المأذون له مدبراً أو أمّ ولد حيث لا يجب الضمتان بإعتاقهما للغرماء لأن حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفاً حقهم فلم يضمن شيئاً وإن كان الدين أقل من القيمة ضمن الدين لا غير لأنه حقهم وإن كان الدين أكثر من قيمته ضمن قيمته بالغة ما بلغت لأن حقهم تعلق بماليته فيضمنها كما إذا أعتق الراهن المرهون بخلاف ضمان الجناية على العبد حيث لا يبلغ به دية الحرّ لأن القيمة هناك بدل الآدمي من وجه فلا يبلغ به دية الحرّ وكذا هنا لا يختلف بين ما إذا علم المولى بالدين أو لم يعلم بمنزلة إتلاف مال الغير لما تعلق به حقهم بخلاف إعتاق العبد الجاني حيث يجب على المولى جميع الأرش إن كان إعتاقه بعد علمه بالجناية **لأن الواجب فيها على المولى**

الأوّل اهـ **قوله في المتن: (وصح إعتاقه)** قال الإمام الإسبيجابي في شرح الطحاوي: المولى إذا أعتق عبده المديون جاز عتقه لأن ملكه باق فيه والغرماء بالخيار إن شاؤوا اتبعوا العبد بالدين وإن شاؤوا اتبعوا المولى بأقل من قيمته ومن الدين سواء كان عالماً بالدين أو لم يكن عالماً اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله: (لأن الواجب فيها على المولى)** أي لأنه عاقلته إلا أنه كان يتخلص منه بالدفع فبالعتق أبطل حق الدفع فصار مختاراً للدية إن كان عالماً وأما في الدين فهو في ذمة العبد، ألا ترى أنه يباع فيه والمولى أبطل حق البيع ولو بيع لا يكون إلا قدر القيمة لأنه لا يشتري في الظاهر بأكثر من القيمة فلذلك لزمته القيمة وفي مسألتنا لو اختاروا اتباع المولى لا يكون إبراء للعبد ولو اختاروا اتباع العبد لا يكون في ذلك إبراء للمولى بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب إذا اختار المغصوب منه تضمين أحدهما انقطع حقه من الآخر والفرق بينهما أن هناك وجب على كل منهما بطريق الأصالة فإذا ضمن أحدهما فقد ملكه فبعد التمليك لا يملك الرجوع عنه وأما هاهنا الدين وجب على العبد إلا أنه وجب على المولى على سبيل الكفالة إذ ليس في هذا التضمين تمليك الدين من المولى فثبت أنه كالكفيل، ومن طالب الكفيل أو المكفول عنه لا يكون في ذلك إبراء عن الآخر فلذلك افترقا، ولو اختار بعضهم اتباع العبد وبعضهم اتباع السيد فالذي يتبع العبد يأخذه بجميع الدين لأن الدين عليه والذي يتبع المولى يأخذ منه جميع حقه إذا كان حقه مثل القيمة وما يأخذون من المولى يكون بينهم بالشركة، وإن لم يكن أصل الدين بالشركة لأنه ثبت حقهم في القيمة فصار كالمشترك بينهم وما يأخذه من العبد لا يكون بينهم بالشركة إلا إذا كان أصل الدين بالشركة هذا إذا أعتقه ولو لم يعتقه ولكن دبره فالغرماء

وهو مخير بين الدفع والفداء **فيكون مختاراً للفداء بالإعتاق عالماً**، ولا كذلك هنا لأن المولى ليس عليه شيء وإنما يضمن باعتبار تفويت حقهم كإتلاف مال الغير وذلك لا يختلف بين العلم وعدمه وكذا لو كان الجاني مدبراً أو أمّ ولد يجب على المولى قيمته لعجزه عن دفعه بفعله من غير أن يصير مختاراً وهنا لا يجب لما بينا.

قال رحمه الله: (وطولب بما بقي لغرمائه بعد عتقه) أي لغرمائه أن يطالبوه بعد الحرية إن بقي من دينهم شيء ولم تف به القيمة لأن الدين مستقرّ في ذمّته لوجود سببه وعدم ما يسقطه والمولى لا يلزمه إلا قدر ما أتلف فبقي الباقي عليه كما كان فيرجع به عليه، ولهذا كان لهم أن يتبعوا العبد بالكل ويبرؤوا المولى عنه لأن دينهم عليه وإذا اختاروا اتباع أحدهما لا يبرأ الآخر كالكفيل مع المكفول عنه بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب لأن هناك الضمان واجب له على أحدهما فإذا اختار تضمين أحدهما برئ الآخر ضرورة هنا وجب على كل واحد منهما دين على حدة، ولو أعتقه المولى بإذن الغرماء فلهم أن يضمنوا مولاه القيمة وليس هذا كإعتاق الراهن بإذن المرتهن وهو معسر لأنه قد خرج من الرهن بإذنه والعبد المأذون له لا يبرأ من الدين بإذن الغريم ذكره في المحيط.

قال رحمه الله: (وإن باعه سيده وغيبه المشتري ضمن الغرماء البائع قيمته) لأنه متعدّ ببيعه وتسليمه إلى المشتري.

قال رحمه الله: (وإن ردّ عليه بعيب رجع بقيمته وحق الغرماء في العبد) أي إذا ردّ المشتري العبد على البائع بالعيب بعدما ضمنه الغرماء قيمته رجع المولى بقيمته على الغرماء وكان حق الغرماء في العبد لأن سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم **فصار كالغاصب إذا باع** وسلم وضمن القيمة ثم ردّ عليه بالعيب كان له أن يردّ المغصوب على المالك ويرجع عليه بالقيمة التي دفعها إليه **هذا إذا ردّه عليه قبل القبض** مطلقاً أو بعده بقضاء لأنه فسخ من كل وجه، وكذا إذا ردّه عليه بخيار الرؤية

أيضاً بالخيار إن شاؤوا اتبعوا المدبر بدينهم فيستسعونه في الدين، وإن شاؤوا اتبعوا المولى بقدر قيمته وفي اختيار أحدهما إبراء للآخر لأن المدبر يكون كسبه للمولى فلم يكن تحت التضمين تمليك فلذلك افترقا، وفرق آخر بين هذا وبين العتق وهو أن كل ما يأخذ كل واحد منهم من المدبر يكون بينهم بالشركة وفي العتاق لا يكون والفرق بينهما أن هذا كسب العبد والعبد ليس له أن يقضي غريماً دون غريم كذلك وأما العبد إذا أعتق صار حرّاً فله أن يقضي غريماً دون غريم. **قوله**: (**فيكون مختاراً للفداء بالإعتاق عالماً**) أي وإن كان غير عالم لم يلزمه شيء إلا قدر القيمة لا غير اهـ إتقاني. **قوله**: (**فصار كالغاصب إذا باع إلخ**) قال الإتقاني قالوا: هذا كالغاصب إذا باع وضمن أنه ينفذ البيع حتى لو ردّ عليه بالعيب سلم له

أو الشرط وإن ردّه بعيب بعد القبض بغير قضاء فلا سبيل للغرماء على العبد ولا للمولى على القيمة لأن الردّ بالتراضي إقالة وهي بيع في حق غيرهما وإن فضل/ من [١٤٣ب/٣] دينهم شيء رجعوا به على العبد بعد الحرية.

قال رحمه الله: (أو مشتريه) أي أو ضمنوا مشتريه وهو معطوف على البائع فتقديره وإن باعه سيده وغيبه المشتري ضمن الغرماء البائع وهو المولى قيمته أو ضمنوا مشتري العبد قيمته لأن كل واحد منهما متعدّ في حق الغرماء البائع بما ذكرنا، والمشتري بالشراء والقبض والتغييب.

قال رحمه الله: (أو أجازوا البيع وأخذوا الثمن) أي الغرماء إن شاؤوا أجازوا البيع وأخذوا ثمن العبد ولا يضمنوا أحد القيمة لأن الحق لهم والإجازة اللاحقة كالإذن السابق كما إذا باع الراهن الرهن **ثم أجاز** المرتهن البيع بخلاف ما إذا كفل عن غيره بغير أمره ثم أجاز لأنها وقعت غير موجبة للرجوع ولم يتوقف نفاذ الكفالة ولزومها على الإجازة بل نفذت على الكفيل غير موجبة للرجوع فلا تنقلب موجبة له ولا كذلك ما نحن فيه **فحاصله أن الغرماء مخيرون** بين ثلاثة أشياء إجازة البيع وتضمين أيهما شاؤوا ثم إن ضمنوا المشتري رجع المشتري بالثمن على البائع لأن أخذ القيمة منه كأخذ العين، وإن ضمنوا البائع سلم المبيع للمشتري وتم البيع لزوال المانع وأيهما اختاروا تضمينه برئ الآخر حتى لا يرجعوا عليه وإن تويت القيمة عند الذي اختاروه لأن المخير بين شيئين إذا اختار أحدهما تعين حقه فيه وليس له أن يختار الآخر ولو ظهر العبد بعدما اختاروا تضمين أحدهما ليس لهم عليه سبيل إن كان القاضي قضى لهم بالقيمة ببينة أو بإباء يمين لأن حقهم تحوّل إلى القيمة بالقضاء وإن قضى بالقيمة بقول الخصم مع يمينه وقد ادّعى الغرماء أكثر منه فهم بالخيار فيه إن شاؤوا رضوا بالقيمة وإن شاؤوا ردّوها وأخذوا العبد **فبيع لهم** لأنه لم يصل إليهم كمال حقهم بزعمهم وهو نظير المغصوب في ذلك كذا ذكره في النهاية وعزاه إلى المبسوط، قال الراجي عفو ربه: الحكم المذكور في المغصوب مشروط بأن تظهر العين **وقيمتها أكثر مما ضمن** ولم يشترط هنا ذلك وإنما شرط أن يدّعي الغرماء

وكان له أن يردّه على المغصوب منه لأنه إذا ضمن قيمته سليماً ولم يعلم بالعيب ثبت حق الردّ بالعيب واسترداد القيمة لأنه انعقد بينهما حكم البيع وكذلك هاهنا اهـ **قوله**: (**هذا إذا ردّه عليه قبل القبض**) المسألة مفروضة فيما إذا غيبه المشتري بعد قبضه فكيف يصح قوله ردّه قبل القبض، ولهذا لم يذكره الرازي في شرحه اهـ **قوله**: (**ثم أجاز**) أي المكفول عنه اهـ **قوله**: (**فحاصله أن الغرماء مخيرون إلخ**) وقد تقدّمت متناً وشرحاً اهـ **قوله**: (**فبيع لهم**) لا يتعين البيع لهم بل الخيار لهم إن شاؤوا باعوه وإن شاؤوا استسعوه اهـ **قوله**: (**وقيمتها أكثر**

أكثر مما ضمن وأن كمال حقهم لم يصل إليهم بزعمهم وبينهما تفاوت كثير لأن الدعوى قد تكون غير مطابق فيجوز أن تكون قيمته مثل ما ضمن أو أقل فلا يثبت لهم الخيار فيه، **وإنما يثبت لهم الخيار** إذا ظهر وقيمته أكثر مما ضمن فلا يكون المذكور هنا مخلصاً.

قال رحمه الله: (وإن باعه سيده وأعلم بالدين فللغرماء ردّ البيع) لأن حقهم تعلق به وهو حق الاستسعاء أو الاستيفاء من رقبته وفي كل منهما فائدة فالأوّل تام مؤخر والثاني ناقص معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فكان لهم ردّه وفائدة الإعلام بالدين سقوط خيار المشتري في الردّ بعيب الدين حتى يلزم البيع في حق المتعاقدين وإن لم يكن لازماً في حق الغرماء هذا إذا كان الدين حالاً وكان البيع من غير طلب الغرماء لا يفي بدينهم فأما إذا كان دينهم مؤجلاً فالبيع جائز لأنه باع ملكه وهو قادر على تسليمه ولم يتعلق به حق لغيره لأن حق الغرماء متأخر بخلاف الرهن بالدين المؤجل حيث لا يجوز له بيعه لأن للمرتهن ملك اليد فيه فلا يقدر المولى على تسليمه ولا يد للغرماء في العبد المأذون له ولا في كسبه وإنما تعلق حقهم بماليته لقضاء الدين منه وذلك متأخر إلى ما بعد حلول الأجل وكذا إذا كان البيع يطلبهم لأن البيع وقع لأجلهم وإذنهم في البيع بمنزلة بيعهم بأنفسهم فلا ينقض وكذا إذا كان الثمن يفي بدينهم ودفعه إليهم لأن حقهم قد وصل إليهم فينفذ البيع لزوال المانع وقال صاحب الهداية قالوا: تأويله إذا لم يصل إليهم الثمن فإن وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم أن يردّوه لوصول حقهم وفيه نظر لأنه يشير إلى أنهم لا يكون لهم خيار الفسخ عند / وصول الثمن إليهم إذا لم يكن في البيع محاباة وإن لم يف الثمن [١٤٤/أ ٣] بحقهم، وإن كان في البيع محاباة ثبت لهم خيار الفسخ وإن وفي الثمن بحقهم وليس كذلك بل لهم خيار الفسخ إذا لم يف الثمن بحقهم، وإن لم يكن فيه محاباة لأجل الاستسعاء وقد ذكره بنفسه قبيله ولا خيار لهم إن وفى الثمن بحقهم وإن كان فيه محاباة لوصول حقهم إليهم ولو قال: تأويل المسألة فيما إذا باعه بثمن لا يفي بدينهم استقام وزال الإشكال لأن الثمن إذا لم يف بدينهم لهم نقض البيع كيفما كان وإذا وفّى ليس لهم نقضه كيفما كان، وإذا لم يوجد شيء مما ذكرنا من تأجيل الدين وطلبهم البيع ووفاء الثمن بالدين فالبيع موقوف حتى يجوز بإجازة الغرماء وهي مسألة

مما ضمن) لما أحاله على مسألة الغصب كان الشرط فيها شرطاً في هذه المسألة أيضاً اهـ **قوله: (وإنما يثبت لهم الخيار إلخ)** لقائل أن يقول: لا يشترط في ثبوت الخيار لهم أن تكون قيمته أكثر مما ضمن بل لهم أن يردّوا ما أخذوا، وإن كانت قيمته مثل ما ضمن أو أقل لأن لهم فيه فائدة وهو حق استسعائه بجميع دينه وهذا هو الجوب اهـ نقلته من خط قارئ

الكتاب على ما بينا، وذكر محمد رحمه اللّه في الأصل أنه باطل واختلفوا في معناه فقال بعضهم: معناه أنه سيبطل لأن البيع موقوف وللغرماء حق إبطاله، وقال بعضهم: معناه أنه فاسد بدليل ما قال في الأصل أنه إذا أعتقه المشتري بعد القبض أو دبره صح ذلك وتلزمه قيمته.

قال رحمه اللّه: (وإن غاب البائع فالمشتري ليس بخصم لهم) أي لو باع المولى عبده المدين وقبضه المشتري ثم غاب البائع لا يكون المشتري خصماً للغرماء إذا أنكر المشتري الدين وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما اللّه، وقال أبو يوسف رحمه اللّه: يكون المشتري خصماً ويقضي لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف إذا اشترى داراً ووهبها وسلمها إليه ثم غاب المشتري الواهب ثم حضر الشفيع فإن الموهوب له لا يكون خصماً عندهما خلافاً له وعنهما مثل قوله في الشفعة هو يقول: إنّ ذا اليد يدعي الملك لنفسه في العين فيكون خصماً لكل من ينازعه فيها كما لو ادّعوا ملك العبد لأنفسهم أو ادّعى رجل أنه رهن عنده، ولهما أن الدعوى تتضمن فسخ العقد وهو قائم بالبائع والمشتري فيكون الفسخ قضاء على الغائب والحاضر ليس بخصم عنه، ولأنا لو جعلناه خصماً لا يفيد لأنه يؤدّي إلى أن لا يجعل خصماً في الانتهاء لأنهم إذا أثبتوا الدين لا يمكن بيعه بدينهم لأنه يعود إلى ملك البائع وهو غائب وفي بيعه قضاء على الغائب وهو لا يجوز بخلاف ما إذا ادّعوا الملك لأن صاحب اليد يظهر في الانتهاء أنه كان غاصباً منهم والغاصب يكون خصماً للمغصوب منه وبخلاف دعوى الرهن لأن فيه فائدة إذْ الرهن لا يباع ولو صدقهم المشتري في الدين كان للغرماء أن يردّوا البيع بالإجماع لأن إقراره حجة عليه فيفسخ بيعه إذا لم يف الثمن بديونهم ولو كان البائع حاضراً والمشتري غائباً فلا خصومة بينهم وبين البائع بالإجماع حتى يحضر المشتري لأن الملك واليد للمشتري ولا يمكن إبطالهما وهو غائب فما لم يبطل ملكه لا تكون الرقبة محلاً لحقهم لكن لهم أن يضمنوا البائع قيمته لأنه صار مفوّتاً حقهم بالبيع والتسليم فإذا ضمنوه القيمة جاز البيع فيه وكان الثمن للبائع، وإن اختاروا إجازة البيع أخذوا الثمن لأن الإجازة اللاحقة بمنزلة الإذن السابق، ثم المولى ببيع عبده المأذون له المديون بعد العلم بالدين لم يجعل مختاراً للفداء بالقيمة وببيع العبد الجاني بعد العلم بالجناية جعل مختاراً للفداء بالأرش لأن الدين هنا على العبد بحيث لا يبرأ بالعتق ولا يجب على المولى شيء ولو اختار المولى الفداء صريحاً بأن قال: أنا أقضي دينه كان عدة منه تبرعاً فلا يلزمه بخلاف الجناية لأن موجبها على المولى خاصة دون العبد فإذا تعذر عليه الدفع بتصرفه تعين الأرش عليه وبقي واجباً عليه على حاله.

قال رحمه الله: (ومن قدم مصراً وقال: أنا عبد زيد فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة [**ولا يباع حتى يحضر سيده**)](١) أي يقبل قوله في الإذن في حق كسبه حتى يقضي دينه من كسبه والمسألة على وجهين/ أحدهما أن يخبر أن مولاه أذن له [١٤٤ب/٣] فيصدّق استحساناً عدلاً كان أو غير عدل **والقياس أن لا يصدّق** إلا بحجة لقوله ﷺ البينة على المدّعي وكذا القياس أن تشترط العدالة في المخبر لأن جانب الصدق بها يترجح ووجه الاستحسان أن الناس تعاملوه من غير اشتراط شيء من ذلك وإجماع المسلمين حجة يخص به الأثر ويترك به القياس، ولأن في ذلك ضرورة وبلوى فإن الإذن لا بدّ منه لصحة تصرفه وإقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن وما ضاق على الناس أمره اتسع حكمه وما عمت بليته سقطت قضيته، وكذا على هذا القياس والاستحسان دعوى الوكالة والمضاربة والشركة والبضاعة وما أشبهها والثاني أن يبيع ويشتري ولا يخبر بشيء منه فالقياس فيه أن لا يثبت الإذن **لأن السكوت محتمل** وفي الاستحسان يثبت لأن الظاهر أنه مأذون له لأن عقله ودينه يمنعانه عن ارتكاب المحرم فوجب حمله عليه لوجوب حمل أمور المسلمين على الصلاح ما أمكن فالعمل بالدليل الظاهر هو الأصل في المعاملات دفعاً للضرر عن العباد فلا يشترط فيه الإخبار أنه مأذون له بل يكتفي بظاهر حاله فإذا ثبت أنه مأذون له بظاهر حاله صحت تصرفاته حتى يظهر خلاف ذلك **ولزمته الديون** فيستوفي من كسبه، وإن لم يف

الهداية. **قوله**: (**ولا يباع حتى يحضر سيده**) ساقط من خط الشارح. **قوله**: (**والقياس أن لا يصدّق**) أي العبد ولا يثبت الإذن بقوله حتى لا يحل للبائع المبايعة معه لأنه إقرار على مولاه لأن حكم إقراره يلزم مولاه وفي الاستحسان يصدق ويقبل قوله لأن هذا خبر في المعاملات وخبر الواحد في المعاملات مقبول، ألا ترى أن واحداً إذا قال: أنا وكيل فلان أو مضارب فلان وليس ثمة أحد يكذبه يقبل قوله لأن الظاهر أنه يصدق ولا يكذب فكذا هنا لأن في التجارة منفعة لمولاه فالظاهر أنه مأذون ما لم يتبين الحجر ولأن للناس حاجة إلى قبول قول الآحاد في هذ الباب لأن الإنسان يبعث عبده إلى الآفاق ليتجر أو يبعث مضاربه أو وكيله، فلو قلنا: إن قولهم لا يقبل لضاق الأمر على الناس لأنه حينئذ يحتاج العبد أن يستصحب مولاه آناء الليل وأطراف النهار أو شاهدين عدلين يشهدان على الإذن وكذلك الوكيل والمضارب وما ضاق أمره اتسع حكمه اهـ إتقاني. **قوله**: (**لأن السكوت محتمل**) أي فلا يثبت الإذن بالشك اهـ وكتب ما نصه يحتمل أنه مأذون ويحتمل أنه محجور اهـ إتقاني. **قوله**: (**ولزمته الديون الخ**) ثم إذا لحقه دين كان القياس أن لا يباع ما في يده حتى يحضر مولاه، وفي الاستحسان يباع وجه القياس أن ما في يده لمولاه فيكون في بيعه قضاء على مولاه وهو غائب فلا يجوز، ولهذا لا تباع رقبته ووجه الاستحسان أن ما في يده من

الكسب بالدين لاتباع رقبته لأن ملك المولى في الرقبة ثابت فلا يصدّق إقراره على مولاه ولا يلزم من وجوب الدين عليه أن يباع به، ألا ترى أن المدبر وأم الولد لا يباعان بالدين بخلاف الكسب لأن المولى لا يملكه ما دام مشغولاً بحاجة العبد وإنما يخلفه في الفاضل عن حاجته.

قال رحمه اللّه: (فإن حضر وأقر بإذنه بيع وإلا فلا) أي لو حضر المولى فأقرّ بالإذن بيع بالدين لظهور الدين في حقه بإقراره، وإن قال: هو محجور عليه كان القول قوله لتمسكه بالظاهر فلا يباع إلا إذا أثبت الغرماء الإذن منه بالبينة فحينئذ يباع لأن الثابت بالبينة كالثابت عياناً إذ هي مبينة كاسمها.

قال رحمه اللّه: (**وإن أذن للصبي** أو المعتوه الذي يعقل البيع والشراء وليه فهو في الشراء والبيع كالعبد المأذون له) يعني في جميع ما ذكرنا من الأحكام من أنه لا يتقيد بنوع من التجارة **دون نوع ويكون مأذوناً له بسكوت الولي** حين ما يراه يبيع ويشتري ويصح أقراره بما في يده من كسبه ويجوز بيعه بالغبن الفاحش عنده خلافاً لهما إلى غير ذلك من الأحكام التي ذكرناها في العبد، والمراد بكونه يعقل البيع أن

تجارته والعبد في تجارته كالحرّ فإذا قبل قوله في التجارة قبل فيما هو من ضروراتها وليس الكسب كالرقبة ليست من تجارته لأن ذلك مال المولى في يد المولى كذا ذكره الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير والإمام الإسبيجابي في شرح الكافي وقال شيخ الإسلام خواهر زاده: ولو أن الغرماء أقامو البينة أن العبد مأذون له في التجارة والعبد يجحد والمولى غائب فإنه لا تقبل بينتهم حتى لا تباع رقبة العبد بالدين لأن هذه البينة قامت على غائب وليس عنه خصم حاضر لأن العبد في حق رقبته لا ينتصب خصماً عن المولى لمن يدّعي حقاً في رقبته، وإن أقرّ العبد بالدين فباع القاضي أكسابه وقضى دين الغرماء ثم جاء المولى وأنكر الإذن كلف القاضي الغرماء البينة على الإذن فإن أقاموها وإلا ردّوا على المولى جميع ما قبضوا من ثمن أكساب العبد فلا تنقض البيوع التي جرت من القاضي في كسبه لأن للقاضي ولاية بيع مال الغائب وتؤخر حقوق الغرماء إلى أن يعتق العبد لأن الإذن لم يثبت لما أنكر المولى فكان محجوراً والمحجور لا يؤاخذ بضمان الأقوال للحال وإنما يتبع بعد العتق اهـ إتقاني رحمه اللّه تعالى. **قوله في المتن: (وإن أذن للصبي إلخ)** قال الإتقاني: لما فرغ من بيان إذن العبد شرع في بيان إذن الصبي الذي يعقل والمعتوه وقدّم الأوّل لكثرة الاحتياج إليه بكثرة وقوعه، ولأن إذن العبد صحيح اتفاقاً بخلاف إذن الصبي فإن فيه خلاف الشافعي والأصل عدم الخلاف فقدّم المجمع لكونه أصلا اهـ **قوله: (دون نوع)** فإذا أذن له في نوع من التجارة يكون مأذوناً في الأنواع كلها اهـ إتقاني. **قوله: (ويكون مأذوناً له بسكوت**

---

(١) تقدم تخريجه.

يعلم أن البيع سالب للملك والشراء جالب له وأن يقصد به الربح **ويعرف الغبن اليسير من الفاحش، وقال الشافعي** رحمه الله: لا تنفذ تصرفاته وأصل الخلاف بيننا وبينه في أن عبارته صالحة للعقود الشرعية عندنا فيما هو متردّد بين النفع والضرر أو النفع المحض، وعنده غير صالحة للعقود حتى لو توكل بالتصرف جاز وعنده لا يجوز. له قوله تعالى: ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم﴾ [النساء:٥]، وقوله تعالى: ﴿حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾ [النساء: ٦]، شرط البلوغ والرشد للدفع إليهم في هذه الآية ونهى عن الدفع إلى السفهاء في الأولى وهما سفيهان وليسا ببالغين، ولأنهما محجور عليهما لأجل أنفسهما شرعاً، وعلة الحجر قائمة بهما فلا تزول بالإذن بخلاف العبد لأن الحجر عليه لحق غيره وهو المولى وقد زال بالإذن ولأنهما مولى عليهما في هذا التصرف حتى يملكه الولي ويملك حجرهما فلا يصلحان أن يكونا وليين للتنافي لأن كونهما مولياً عليهما سببه العجز، وكونهما وليين سببه القدرة والعجز/ والقدرة لا يجتمعان فصار كالعتق والطلاق بخلاف [١٤٥/أ ٣] الصوم والصلاة والوصية واختيار الصبي أحد أبويه على أصله لأن الولي لا يتولى هذه الأشياء فلا يكون مولياً عليه فيها فلا تنافي فتصح منه، ولأن فيه ضرورة لعدم إمكان تحصيله من جهة الولي فقلنا بصحتها منه كي لا تفوته هذه المصالح بخلاف البيع والشراء، ولنا قوله تعالى: ﴿وابتلوا اليتامى﴾ [النساء:٦]، أمرنا بالابتلاء وهو الامتحان والاختبار هل هو رشيد أم لا، وذلك بأن يؤذن له في التجارة وهذا يفيد أن الصغير أهل للتصرف وأن تصرفه جائز لأن اليتيم حقيقة اسم للصغير الذي لم يبلغ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يتم بعد الاحتلام»[١]. وقوله تعالى: ﴿وآتوا اليتامى أموالهم﴾ [النساء:٢] وهذا أمر بدفع أموالهم إليهم فلولا أن تصرفه معتبر شرعاً لما أمر بدفعه إليهم لأن الدفع إليهم تمكين لهم من التصرف فيه ولأن التصرف المشروع صدر من أهله مضافاً إلى محله عن ولاية شرعية فوجب القول بنفاذه كالعبد المأذون له، ولا خفاء في شرعية التصرف والمحلية وكذا في الأهلية لأن الأهلية للتصرف بالتكلم عن تمييز وبيان لا عن تلقين من غير تمييز والكلام في مثله فتثبت الولاية صوناً لكلامه عن الإلغاء والحجر عليه لعدم هدايته إلى التصرف لا لذاته، وبإذن الولي

الولي) قال الإتقاني: هذا في الأب والجدّ والوصي لا في القاضي، ألا ترى إلى ما ذكر في الفتاوى الصغرى أن القاضي إذا رأى الصغير أو المعتوه يبيع ويشتري فسكت لا يكون مأذوناً في التجارة ونقله عن مأذون خواهر زاده اهـ **قوله: (ويعرف الغبن اليسير من الفاحش)** وليس المراد منه أن يعرف نفس العبارة فإنه ما من صبي لقن البيع والشراء إلا ويتلقنهما كذا قال شيخ الإسلام خواهر زاده اهـ **قوله: (وقال الشافعي إلخ)** قال الإتقاني: وعند الشافعي

يستدل على ثبوت هدايته إلى التصرف إذ لا يأذن له ظاهراً إلا بعد معرفة هدايته، وبقاء ولاية الولي لأجل النظر له لتتسع له طرق التحصيل فيحصل بطريقين بمباشرته ومباشرة الولي ويمكن الولي من حجره لاحتمال تبدل حاله، ومتى جعلناه ولياً باعتبار الأهلية لم نجعله مولياً عليه ومتى جعلناه مولياً عليه باعتبار قصور الولاية لم نجعله ولياً فيه، فحاصله **أنه يعرف المصالح ويبعد** من المضارّ وهو مستحق للنظر ومصون عن الضرر وفي اعتبار كلامه ذلك وفي عدم اعتباره إهدار آدميته وإلحاقه بالبهائم وهو ضرر محض بخلاف الطلاق والعتاق لأنه ضرر محض فلم يؤهل له ولا يملكه، وإن أذن له الولي والنافع المحض **كقبول الهبة** والصدقة يؤهل له قبل الإذن ويملكه والمتردّد بينهما كالبيع والشراء والإجارة ونحوها يؤهل له بعد الإذن ويملكه ولا يملكه قبله للاحتمال مع أنه أهل للتصرف لما ذكرنا حتى لو باشره قبل الإذن يكون موقوفاً على إجازة الولي حتى إذا رأى فيه مصلحة أجازه وهذا لأنه يشبه البالغ من حيث إنه عاقل مميز ويشبه المجنون والطفل الذي لا يميز من حيث إنه لم يتوجه عليه الخطاب وفي عقله قصور وللغير عليه ولاية فألحقناه بالبالغ في التصرف النافع وبالمجنون في الضارّ وفي المتردّد بالمجنون قبل الإذن وبالبالغ بعده، ولا يقال قد يقع البيع أيضاً نفعاً محضاً بأن باع شيئاً بأضعاف قيمته فإذا وقع ذلك ينبغي أن ينفذ بغير إجازة الولي لأن العبرة لأصل وضعه دون ما يعرض له باتفاق الحال والبيع في أصل وضعه متردّد بخلاف الهبة لأنها ضرر محض وقبولها نفع محض ولا مدخل للولي فيهما والمنهي عن الدفع في الآية أموالنا وكلامنا وقع في أموالهم والمذكور في الآية الثانية الدفع إليهم أموالهم عند البلوغ وعند إيناس الرشد منهم وذلك لا ينفي الدفع في غير تلك الحالة لما عرف أن تخصيص الشيء بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه على أنا لا نسلم أنه سفيه بل هو رشيد لأن كلامنا فيمن علم رشده فلا يتناوله النهي، والمراد بالوليّ وليّ له تصرف في المال وهو أبوه ثم وصي الأب ثم جدّه أبو أبيه ثم وصي جدّه ثم الوالي ثم القاضي أو وصي القاضي، وأما ما عدا الأصول من العصبة كالعم والأخ أو غيرهم كالأمّ ووصيها **وصاحب الشرطة لا يصح** إذنهم له لأنهم ليس لهم أن يتصرفوا في ماله تجارة/ فكذا لا يملكون الإذن له فيها والأوّلون يملكون التصرف [١٤٥ب/٣]

إذن الصبي العاقل باطل وعلى هذا الخلاف إذن العبد الصغير وكتابته اهـ **قوله: (أنه يقرب المصالح ويبعد)** والذي بخط الشارح أنه يعرف المصالح ويبعد اهـ **قوله: (كقبول الهبة)** أي والإسلام اهـ **قوله: (وصاحب الشرطة لا يصح إلخ)** وإذن أمير الشرطة ولم يول القضاء باطل لأنه إنما أقيم لأمر خاص فلا يلي التصرفات على الناس والشرطة خيار الجند والجمع شرط، وصاحب الشرطة يراد به أمير البلدة وإنما سموا الشرط لأنهم أشرطوا أي أعلموا لأنفسهم

في ماله فكذا يملكون الإذن له في التجارة وكذا للصبي أو المعتوه أن يأذن لعبده أيضاً لأن الإذن في التجارة تجارة معنى وليس لابن المعتوه أن يأذن لأبيه المعتوه ولا أن يتصرف في ماله وكذا إذا كان الأب مجنوناً لأن ولاية التصرف في مال القريب لا تثبت إلا إذا كان المتصرف كامل الرأي وافر الشفقة وليس للابن وفور الشفقة فلا يملكه بخلاف الأب والجدّ فإنهما وافرا الشفقة كاملا الرأي فيملكانه ووصيهما قائم مقامهما فيكون معتبراً بهما فيملك الإذن للصغير والمعتوه الذي بلغ معتوها ولعبدهما كما يملكانه، وإن بلغ رشيداً ثم عته كان الفقيه أبو بكر البلخي رحمه الله يقول: لا يصح الإذن له قياساً وهو قول أبي يوسف رحمه الله ويصح استحساناً وهو قول محمد رحمه الله وليس للصبي والمعتوه المأذون لهما أن يتزوّجا ولا يزوجا مماليكهما لأنه ليس من التجارة إلا أن يأذن لهما الولي بالتزوج أو بتزويج الأمة لأن الولي يملك ذلك فيملك تفويضه إليهما **ولا يملك تزويج العبد** فلا يملك تفويضه إليهما بخلاف المولى فإنه يملك تزويج عبد عبده المأذون فيملك العبد أيضاً إذا فوّض إليه صريحاً، وإن كان لا يملكه عند إطلاق الإذن فحاصله أن الصبي والمعتوه

علامة يعرفون بها اهـ. إتقاني مع حذف. **قوله: (لا يملك تزويج العبد)** في الهداية ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته قال السيد، وإنما لم يملكها مع أن الأب والوصي يملكانها لأن تصرفهما مقيد بشرط النظر فيتحقق في الكتابة النظر وأما تصرف الصبي بعد الإذن مقيد بالتجارة والكتابة ليست بتجارة اهـ وفي الهداية: ولا يزوّج عبده قال السيد: فيه إجماع وفي تزويج أمته خلاف أبي يوسف فإنه يجوز عنده اهـ. وفي شرح الإتقاني إنما قيد بالعبد لأن الصبي يملك تزويج أمته من عبد غيره أو من أجنبي ولا يملك تزويج أمته من عبد نفسه وبه صرح شيخ الإسلام خواهر زاده اهـ (فرع) ولو أذن المعتوه الذي يعقل البيع والشراء في التجارة لابنه كان باطلاً لأنه مولى عليه فلا يلي غيره كذا في شرح الكافي، وموت الأب أو وصيه حجر على الصبي لأنه يتصرف بولايتهما ورأيهما وقد زالت ولايتهما ورأيهما بموتهما ولو كان القاضي أذن للصبي أو المعتوه في التجارة ثم عزل القاضي لا يتصرف بولاية نفسه بل يتصرف بولاية الخليفة أو ولاه المسلمين لأن ذلك قائم ألا ترى أن إذنه بمنزلة الحكم منه وسائر أحكامه لا تبطل بموته وعزله فكذلك هذا، وقال خواهر زاده في مبسوطه: إذ كان للصبي أو المعتوه أب أو وصي أو جد أبو الأب فرأى القاضي أن يأذن للصبي أو للمعتوه في التجارة فأذن له وأبي أبوه فإذنه جائز وإن كانت ولاية القاضي على الصغير مؤخرة عن ولاية الأب والوصي وذلك لأن الإذن في التجارة حق الصبي قبل الولي لأنه مما ينتفع به لأنه يهتدي بذلك إلى التجارات فإذا طلب من الأب وأبي صار الأب عاضلاً له فانتقلت الولاية إلى القاضي، كالولي في باب النكاح إذا عضل انتقلت الولاية

المأذون لهما كالعبد المأذون له في جميع ما ذكرنا من الأحكام إلا أن الولي لا يمنع من التصرف في مالهما، وإن كان عليهما دين ولا يقبل إقراره عليهما وإن لم يكن عليهما دين بخلاف المولى، والفرق أن إقرار الولي عليهما شهادة لأنه إقرار على غيره فلا يقبل ودينهما غير متعلق بمالهما وإنما هو في الذمّة لأنهما حرّان فكان للولي أن يتصرف فيه بعد الدين كما كان له قبله، فإن قيل: إذا لم يملك الولي الإقرار عليهما فكيف يملكانه وولايتهما مستفادة منه، قلنا: لما انفك الحجر عنهما صار كما إذا انفك بالبلوغ فيقبل إقرارهما على أنفسهما بخلاف الولي لأنه إقرار على غيره فلا يقبل على ما بينا ولأنهما لو لم يقبل إقرارهما يمتنع الناس من معاملتهما فلا يحصل المقصود بالإذن فالجأت الضرورة إلى قبوله فيما هو من التجارة لأن الضرورة فيها حتى لو أقر بعين موروثة في ملكهما لا يقبل إقرارهما فيما روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه اللّه **لعدم الحاجة إلى القبول** لأنه ليس من باب التجارة، وفي ظاهر الرواية يقبل لما ذكرنا أن انفكاك حجره بالإذن كانفكاكه بالبلوغ في حق الأموال واللّه أعلم.

(فصل) غير الأب والجدّ لا يتولى طرفي عقد المعاوضة المالية لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد فيصير الواحد مطالباً ومطالباً مسلماً ومتسلماً وهو محال وكذا الأب والجدّ قياساً وهو قول زفر ويجوز استحساناً لأنه لكمال شفقته قام مقام شخصين وعبارته مقام عبارتين ورأيه مقام رأيين فيجعل كأنه باعه منه وهو بالغ ثم تحمل الحقوق بحق الأبوة لا بحكم العقد نيابة عنه حتى إذا بلغ الصغير كانت العهدة

بسبب العضل إلى القاضي لأن الإنكاح من الكفؤ حق المرأة قبل الولي فإذا امتنع الولي من الإيفاء انتقلت الولاية إلى القاضي فكذا هذا، فإن حجر عليه أحد من هؤلاء فحجره باطل لأن الحجر فسخ الإذن والإذن صح من القاضي فلا يبطل بحجر غير القاضي وإن حجر عليه هذا القاضي بعدما عزل لا يعمل لأنه إنما يصح منه الحجر بولاية القضاء فإذا لم يبق له ولاية القضاء لم يبق له ولاية الحجر وإن حجر القاضي الذي قام مقامه عمل حجره لأن الثاني نائب عن الإمام الأكبر فكما يصح الحجر من الإمام الأكبر يصح من الذي قام مقامه اهـ إتقاني. **قوله: (لعدم الحاجة إلى القبول)** قال الإتقاني: وكذا إذا أقر يعني الصبي بشيء من تركة أبيه لإنسان صح وهو ظاهر الرواية، وروى الحسن عن أبي حنيفة أن إقراره إنما يصح بشيء من تجارته أما بشيء ليس من تجارته لا يصح اهـ وكتب ما نصه: قال الإتقاني رحمه اللّه: قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: وإقرار الصبي المأذون بالدين والغصب واستهلاك المال جائز لأنه متى ملك التجارة ملك ما هو من ضروراتها وملك الإقرار بالديون من ضرورات التجارة لأنه يبيع ويشتري فيلزمه الثمن وتسليم المبيع فيحتاج إلى أن يقرّ بذلك لأن من ملك شيئاً ملك الإقرار به، ولأنه لو لم يملك لامتنع الناس

على الصغير وفيما إذا باع ماله من أجنبي فبلغ الصغير كانت العهدة على الأب فإذا كانت العهدة بطريق التحمل لا بحكم العقد لا يؤدي إلى الاستحالة، ولو اشترى مال ولده الصغير أو باع ماله منه بغبن يسير صح ويكفيه أن يقول: بعته منه أو اشتريته له لأن كلامه قام مقام كلامين، ولأن نفس القبول لا يعتبر وإنما يعتبر الرضا ولهذا ينعقد بالتعاطي من غير إيجاب وقبول وقد وجدت دلالة الرضا، ولو وكل رجلاً بأن يبيع عبده من ابنه الصغير أو يشتري عبده له ففعل لا يصح لعدم كمال هذه الشفقة فلا يمكن إلحاقه بالأب فبقي على أصل القياس إلا إذا كان الأب حاضراً وقبل فإنه يجوز وتكون العهدة من جانب الابن على أبيه ومن جانب الأب على الوكيل لأن تصرف/ [١٤٦/أ/٣] الأب لنفسه مباح وللصغير فرض لأنه من باب النظر فيجعل الأب متصرفاً للصغير تحقيقاً للنظر، ولو وكل رجلاً ببيع مال ولده فباع من موكله أو باع الأب مال أحد ولديه بمال الآخر وأذن لهما فيه أو لعبديهما أو جعل لكل واحد منهم وكيلاً أو وصياً صح، **ولو أذن** لهما أو لعبديهما أو وصيهما فتبايعا لم يجز لأنهما استفادا ولاية التصرف منه وهو لا يملك بنفسه فكذا الصبيان، بخلاف ما لو أذن الأب لأنه لو فعل بنفسه صح فكذا إذا فعل بإذنه وصح بيع الوصي ماله من الصبي أو شراؤه منه بشرط نفع ظاهر وهو أن يبيع ما يساوي درهمين بدرهم، وقيل: ما يساوى ألفاً بثمانمائة وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه، وعندهما لا يجوز لما مرّ من الاستحالة وله أن الوصي مختار الأب ولكنه قاصر الشفقة فعند حقيقة النظر يلحق بالأب، ويُروى رجوع أبي يوسف إلى قول أبي حنيفة رحمهما اللّه واللّه أعلم بالصواب.

من المبايعة معه خوفاً من ذهاب أموالهم بسبب التجارة معه فيؤدّي إلى انقطاع تجارته فوجب أن يملك ضرورة مالكيته التجارة وهذا في ديون التجارة أو ما هو في معنى ديون التجارة فإذا أقرّ بغصب أو استهلاك مال يصح لأنه في معنى دين التجارة لأنه دين يلزمه بعوض يسلم له اهـ (فصل) **قوله: (لو أذن)** أي الوكيل من جهة الأب اهـ

كتاب الغصب

الغصب في اللغة أخذ الشيء من الغير على وجه القهر مالاً كان أو غير مال حتى يطلق على أخذ الحرّ ونحوه مما لا يتقوّم على هذه الصفة اسم الغصب وقد زيد عليه أوصاف في الشرع على ما نبين.

قال رحمه اللّه: (**هو إزالة اليد المحقة بإثبات اليد المبطلة**) في مال متقوّم محترم قابل للنقل **بغير إذن مالكه** حتى لا يضمن الغاصب زوائد المغصوب إذا هلكت بغير تعدّ لعدم إزالة يد المالك ولا ما صار مع المغصوب بغير صنعه كما إذا غصب دابة فتبعتها أخرى **أو ولدها** لا يضمن التابع لعدم الصنع فيه وكذا لو حبس المالك عن

كتاب الغصب

قال الإتقاني: وجه المناسبة بين الكتابين عندي أن المأذون يتصرف في الشيء بالإذن الشرعي والغاصب يتصرف فيه لا بإذن شرعي فكان بينهما مناسبة المقابلة إلا أنه قدم كتاب المأذون لأنه مشروع والغصب ليس بمشروع ويجوز أن يقال: إن إقرار المأذون يصح بالغصب والاستهلاك كما يصح بما هو من التجارة فجرّ الكلام إلى ذكر الغصب عقيب الإذن فذكره يبين فيه أحكامه اهـ والغصب على ضربين أحدهما ما يتعلق به المأثم وهو ما وقع على العلم، والثاني لا يتعلق به المأثم وهو ما وقع على الجهل كمن أتلف مال غيره وهو يظن أنه له والضمان يتعلق بهما جميعاً لأن أسباب الضمان يجوز أن يتفق فيها ما يتعلق به المأثم وما لا يتعلق به المأثم، وأما المأثم فلا يحصل إلا مع القصد لقوله عليه الصلاة والسلام: «رفع عن أمتي الخطأ و النسيان» معناه رفع مأثم الخطأ اهـ إتقاني. قوله فذكره يبين فيه أحكامه أو ما دام الغصب قائماً في يد الغاصب لا يملكه كالعبد المأذون فإنه غير مالك رقبة ما في يده من الكسب اهـ معراج. **قوله في المتن**: (**هو إزالة اليد المحقة بإثبات اليد المبطلة**) وعند الشافعي وغيره يكفي فيه إثبات اليد المبطلة وعلى هذا تخرج المسائل غير أن إزالة اليد المحقة بالنقل والتحويل اهـ كاكي. **قوله**: (**بغير إذن مالكه**) لا يحتاج إليه مع قوله إثبات اليد المبطلة ولكن ذكر في فتاوي قاضيخان مسألة تخالف هذا الأصل فإنه قال: لو غصب عجولاً فاستهلكه حتى يبس لبن أمه، قال أبو بكر البلخي: يضمن قيمة العجول ونقصان الأم وإن لم يفعل في الأم شيئاً اهـ كذا بخط قارئ الهداية تغمده اللّه بالرحمة، قوله: ولكن ذكر في فتاوى قاضيخان الخ. أخذه من معراج الدراية اهـ **قوله**: (**أو ولدها**) قال الكاكي: وكذا لو غصب حماراً وساقه فانساق جحشه فأكله الذئب لا

مواشيه حتى ضاعت لا يضمن لما ذكرنا ولعدم إثبات اليد المبطلة، وكذا لا يضمن غير المتقوّم كالخمر أو غير المحترم **كمال الحربي في دار الحرب**، ولا ما لا يقبل النقل كالعقار وعند محمد رحمه اللّه: الغصب هو تفويت يد المالك لا غير، وعند الشافعي رحمه اللّه: هو إثبات اليد العادية لا غير حتى يضمن العقار بالغصب عندهما لوجود تفويت اليد فيه وإثباتها ولا يضمن زوائد الغصب عند محمد رحمه اللّه لعدم تفويت يد المالك فيها، وعند الشافعي رحمه اللّه يضمنها **لوجود إثبات اليد فيها** وسنبينه من قريب إن شاء اللّه تعالى.

قال رحمه اللّه: (فالاستخدام والحمل على الدابة غصب **لا الجلوس على البساط**) لأنه باستخدام عبد الغير أو الحمل على دابة الغير بغير إذن المالك أثبت فيه اليد المتصرفة ومن ضرورة ثبوت يده إزالة يد المالك عنه فتحقق الغصب فيضمن بخلاف الجلوس على بساط الغير لأن الجلوس عليه ليس بتصرف فيه، ولهذا لا يرجح به على المتعلق عند التنازع فلم يصر في يده والبسط فعل المالك فتبقى يد المالك فيه ما بقي أثر فعله لعدم ما يزيلها بالنقل والتحويل، ثم حكم الغصب المأثم إن تعمده **والمغرم** وشرطه: أن يكون المغصوب مالاً متقوّماً.

قال رحمه اللّه: (ويجب ردّ عينه في مكان غصبه) لقوله عليه الصلاة والسلام: «على اليد ما أخذت حتى تردّ»[1]، ولقوله ﷺ: «لا يحل لأحدكم أن يأخذ مال أخيه لاعباً ولا جاداً وإن أخذه فليردّ عليه»[2]، ولأنه بالأخذ فوّت عليه اليد وهي مقصودة لأن المالك بها يتوصل إلى تحصيل ثمرات الملك من الانتفاع والتصرف، ولهذا شرعت الكتابة والإذن **مع أنها** لا تفيد سوى اليد فيجب عليه نسخ فعله دفعاً للضرر عنه فيعود إلى ما كان، وأتمّ وجوهه ردّ عينه في مكان غصبه لأن المالية تختلف باختلاف الأماكن ولهذا تتفاوت القيمة به وردّ العين هو الموجب الأصلي على ما قالوا لأنه أعدل وأكمل في ردّ الصورة والمعنى وردّ القيمة أو المثل

يضمنه الغاصب إن لم يسق الجحش معه اهـ **قوله: (كمال الحربي في دار الحرب)** أي فإنه إذا أخذه المسلم لا يسمى غصباً اهـ إتقاني. **قوله: (لوجود إثبات اليد فيها)** ولو جاء المالك وطلب الزوائد فمنعها عن التسليم يضمن بالإجماع اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (لا الجلوس على البساط)** قال الكاكي: ولو جلس على بساط غيره أو فراشه أو ركب دابة غيره ولم يزله من مكانه لم يكن غاصباً اهـ **قوله: (والمغرم)** أي سواء تعمده أو لا اهـ **قوله: (مع أنها)** أي

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

مخلص يصار إليه عند تعذر ردّ العين ولهذا يطالب بردّ العين قبل الهلاك، ولو أتى بالقيمة/ أو المثل لا يعتدّ به لكونه قاصراً وكذا يبرأ الغاصب بردّ العين من غير علم المالك بأن سلمه إليه بجهة أخرى كما إذا وهبه أو أطعمه إياه فأكله والمالك لا يدري أنه ملكه أو نحو ذلك من تسليم بإيداع أو شراء ولو لم يكن هو الواجب الأصلي لما برئ إلا إذا علم وقبضه عنه كما في قبض المثل والقيمة، وقيل: الموجب الأصلي هو المثل أو القيمة وردّ العين مخلص، ولهذا لو أبرأه عن الضمان حال قيام العين يصح **حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك** والإبراء عن العين لا يصح، وكذا الكفالة بالمغصوب تصح مع أنها لا تصح بالعين، **وكذا لو كان للغاصب نصاب ينتقص به** كما ينتقص بالدين فدل على أن الواجب هو المثل أو القيمة وكونه لا يصار إليه مع القدرة على ردّ العين لا يدل على أنه ليس بأصل كالظهر مع الجمعة فإن الظهر هو الأصل والجمعة خلف عنه ولا يصار إليه إلا عند العجز عن إقامتها، وإنما يبرأ الغاصب بالتسليم إلى المالك من غير علمه لتعينه لأن حقه متعين في العين فصار كالمبيع بيعاً فاسداً فإن المشتري يبرأ بردّه بأي وجه كان وإن لم يعلم البائع لما قلنا بخلاف المثل والقيمة لأن حقه غير متعين في المقبوض بل حقه في مثله أو قيمته من أي عين كان وذلك لا يتعين إلا باتفاقهما لاختلاف الناس في معرفة الأمثال والقيم، ولا كذلك العين لأن حقه متعين فيها فبأي طريق وصل إليه ناب عن الواجب عليه فلغا ما عينه من الجهة كما في صوم رمضان لما كان الوقت متعيناً له صار عنه ولغا ما عينه من الجهة بخلاف غيره من العبادات حيث لا يتأدى إلا بالتعيين لعدم التعين، وعند الشافعي رحمه اللّه: لا يبرأ الغاصب بأكل المالك الطعام المغصوب من غير علمه لأن هذا ليس بردّ بل هو خدعة. و،ذا لأن الإنسان يرغب في أكل مال غيره ما لا يرغب في أكل مال نفسه ولو علم لما أكل فلم يكن رادّاً بتقديمه له للآكل من غير علمه، قلنا: هذه العادة مذمومة شرعاً فلا تعتبر ولا تمنع وقوعه عن الواجب.

قال رحمه اللّه: (أو مثله إن هلك **وهو مثلي**) أي يجب عليه مثل المغصوب إن كان مثلياً وهلك عنده لقوله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما

هذه العقود اهـ **قوله**: (**حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك**) أي بعد الإبراء اهـ **قوله**: (**وكذا لو كان للغاصب نصاب ينتقص به**) أي بضمان المغصوب وإن كان قائماً في يده اهـ **قوله في المتن**: (**وهو مثلي**) مثل المكيل والموزون والمعدود الذي لا يتفاوت اهـ إتقاني وكتب ما نصه: قال الإمام الإسبيجابي في شرح الطحاوي: أن المغصوب لا يخلو إما أن يكون غير منقول كالحانوت والدار والأرض والكرم وغيرها أو يكون منقولاً والمنقول لا يخلو إما أن

اعتدى عليكم﴾ [البقرة:١٩٤]، ولأن حق المالك ثابت في الصورة والمعنى وقد أمكن اعتبارهما بإيجاب المثل فكان أعدل وأتم في جبر الفائت فكان أولى من القيمة واسمه ينبئ عن ذلك فإن المثل عبارة عما يقوم مقامه من كل وجه فكان إيجابه أعدل ولا معنى لقول الظاهرية إن الواجب فيه القيمة باعتبار أن وجوب الضمان باعتبار المالية وهي القيمة لما ذكرنا أنه أعدل وتسميته في الآية اعتداء مجاز للمقابلة كقوله تعالى: ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾ [الشورى:٤٠]، والجزاء ليس بسيئة وإنما سُمي بها مجازاً كذا هنا الثاني ليس باعتداء.

قال رحمه اللّه: (وإن انصرم المثليّ فقيمته يوم الخصومة) أي إن انقطع المثلي عن أيدي الناس يجب على الغاصب قيمته وتعتبر قيمته يوم الخصومة وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه، وقال أبو يوسف رحمه اللّه: يوم الغصب، **وقال محمد** رحمه اللّه: يوم الانقطاع لأن المثل هو الواجب بغصب ذات المثل فلا ينتقل إلى القيمة إلا بالعجز عنه والعجز عنه يحصل بالانقطاع فتعتبر قيمته يومئذ، وهذا لأن المثل أعدل على ما بينا فلا يصار إلى القيمة مع القدرة عليه لقصورها فلا تجب قبل انقطاع المثل للقدرة عليه لأنها خلف عنه ولا يبقى وجوب المثل بعد انقطاعه للعجز عنه فتعين اعتبار قيمته يوم الانقطاع، ولأبي يوسف رحمه اللّه أن المثلي لما انقطع التحق بذوات القيم وفيها تعتبر القيمة يوم الغصب فكذا فيما التحق بها وهذا لأن القيمة خلف عن المثل حتى لا يصار إليها إلا عند العجز والخلف يجب بما يجب به الأصل فوجب القول بوجوبها / بالغصب كالمثل في المثلي وكالقيمة في غير المثلي ولأبي [١٤٧/أ/٣] حنيفة رحمه اللّه أن المثل هو الواجب بالغصب وهو باق في ذمته ما لم يقض القاضي بالقيمة، ولهذا لو صبر إلى أن يعود المثل كان له ذلك إنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء حتى لا يعود إلى المثل بوجوده بعد ذلك فتعتبر قيمته وقت الانتقال، وحدّ الانقطاع أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وإن كان يوجد في البيوت ذكره في النهاية معزياً إلى أبي بكر البلخي.

قال رحمه اللّه: (وما لا مثل له فقيمته يوم غصبه) أي ما لا يضمن بالمثل تعتبر قيمته يوم غصبه وهذا بالإجماع لأنه تعذر اعتبار المثل صورة ومعنى وهو الكامل فيجب اعتبار المثل معنى وهو القيمة لأنها تقوم مقامه ويحصل بها مثله واسمها ينبئ عنه، وقال مالك: يضمن مثله صورة لما تلونا ولما روي أن أنساً رضي اللّه عنه قال كنت في حجرة عائشة رضي اللّه عنها قبل أن يضرب الحجاب فأتى بقصعة من ثريد

يكون مثلياً كالكيلي والوزني الذي ليس في تبعيضه مضرة. **قوله**: (**وقال محمد إلخ**) قال

من عند بعض أزواجه عليه الصلاة والسلام فضربت عائشة القصعة بيدها فانكسرت «فجعل رسول الله ﷺ يأكل من الأرض ويقول: غارت أمّكم غارت أمّكم، ثم جاءت عائشة رضي الله عنها بقصعة مثل تلك القصعة فردّتها واستحسن ذلك رسول الله ﷺ» وقال علي رضي الله عنه في ولد المغرور: يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام في عبد بين رجلين: «يعتقه أحدهما فإن كان موسراً ضمن قيمة نصيب شريكه وإن كان معسراً سعى العبد في قيمة نصيب شريكه غير مشقوق عليه»، وهذا نص صريح على اعتبار القيمة فيما لا مثل له حيث أوجبها على المعتق إن كان موسراً وعلى العبد إن كان معسراً وحديث عائشة رضي الله عنها كان على طريق المروءة ومكارم الأخلاق لا على طريق أداء الواجب إذ كانت القصعتان للنبي ﷺ، ومعنى قول علي رضي الله عنه يفك الغلام بالغلام أي بقيمة الغلام حذف المضاف وأقام المضاف إليه مقامه أي بقيمة نفسه، يؤيده أنه قد صح عنه وعن عمر رضي الله عنهما أنهما قضيا في ولد المغرور بالقيمة ذكره في النهاية، والآية لا تنافي ما قلنا لأن المذكور فيها المثل وهو موجود في القيمة من حيث المالية على ما بينا فكانت الآية شاهدة لنا، وهذا المثل هو المتعارف بين الناس لا المثل صورة بلا معنى، ولهذا قال شريح رضي الله عنه من كسر عصاً فهي له وعليه قيمتها، وما قال ذلك إلا لأنه فهمه من الآية، والمراد بالمثلي المكيل والموزون **والعددي المتقارب** مثله كالجوز والبيض **حتى يضمن مثله عدداً** خلافاً لزفر هو يقول: إن المماثلة في المعدود لم تثبت بالنص بل بالاجتهاد ولهذا لا يجري فيه الربا فلا يقطع بكون المضمون مثلاً للمتلف فيصار إلى قيمته لتعذر معرفة مثله قطعاً بخلاف المكيل والموزون لأن المماثلة فيه ثبتت بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل»[١]. وكذا قال في الذهب والفضة وهما موزونان والحنطة مكيل فأمكن اعتبار المماثلة فيهما للعلم بها قطعاً والجودة لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس ولا كذلك العددي، قلنا: إنما تعتبر المماثلة في المالية ومالية هذه الأشياء متساوية فإن الفلس يماثل الفلس في المالية، وكذلك الجوز والبيض ولهذا لا

الإتقاني: ونحن نأخذ بقول محمد رحمه الله اهـ **قوله**: (**والعددي المتقارب إلخ**) والعددي المتقارب ما لا تتفاوت آحاده في المالية كالجوز والبيض ونحو ذلك اهـ إتقاني. **قوله**: (**حتى يضمن مثله عدداً**) قال الإتقاني رحمه الله: أما المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض فعلى مستهلكها مثلها عندنا. وقال زفر: قيمتها وهذا فرع على جواز السلم فيها وقد بيناه

---

(١) تقدم تخريجه.

تتفاوت قيمة آحاده عرفاً فكانت المماثلة فيه أتم من المكيل والموزون فوجب جبر الفائت بجنسه لكونه مثلاً له صورة ومعنى ولا معنى لقوله المماثلة تثبت فيه بالاجتهاد لأن المكيل والموزون أيضاً كذلك لأن مطلق الجنس لا يكفي بل لا بدّ من اعتبار المماثلة في الصفة كالجودة والرداءة وذلك يعرف بالاجتهاد وأوضح منه أن القيمة أيضاً لا تعرف إلا بالاجتهاد فلا معنى لما قال إذا لم يكن له بدّ من الاجتهاد في الكل، والمراد/ بما لا مثل له غير المكيل والموزون والعددي المتقارب كالثياب [١٤٧ب/٣] والحيوان **والمثلي المخلوط بخلاف جنسه** كالحنطة المخلوطة بالشعير والخل المخلوط بالزيت ونحو ذلك والموزون الذي في تبعيضه ضرر كالأواني المصوغة نحو القمقم والطست.

قال رحمه اللّه: (فإن ادّعى هلاكه حبسه الحاكم حتى يعلم أنه لو بقي لأظهره ثم قضى عليه ببدله) لأن حق المالك ثابت في العين فلا يقبل قوله فيه حتى يغلب على ظنه أنه صادق فيما يقول كما إذا ادّعى المدين الإفلاس وليس لحبسه حدّ مقدّر بل هو موكول إلى رأي القاضي كحبس الغريم في الدين ولو ادّعى الغاصب الهلاك عند صاحبه بعد الردّ وعكس المالك وأقاما البينة فبينة الغاصب أولى عند محمد رحمه اللّه لأنها تثبت الردّ وهو عارض والبينة لمن يدّعي العوارض، وعند أبي يوسف رحمه اللّه بينة المالك أولى لأنها تثبت وجوب الضمان والآخر ينكر والبينة للإثبات، وهذا لأن الغصب وإن كان ثابتاً باتفاقهما لكن حاصل الاختلاف بينهما يؤول إلى وجوب الضمان وعدمه فكانت البينة لمن يثبت.

قال رحمه للّه: (والغصب فيما ينقل) لأنه إزالة يد المالك بإثبات يده وذلك يتصوّر في المنقول على ما بينا.

قال رحمه اللّه: (فإن غصب عقاراً وهلك في يده لم يضمنه) وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما اللّه، وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم اللّه: يضمن وهو قول أبي يوسف رحمه اللّه أوّلاً لأن الغصب يتحقق بوصفين بإثبات اليد العادية وإزالة اليد المحقة وذلك ممكن في العقار لأن إثبات اليدين المتدافعتين على شيء واحد لا يمكن لتعذر اجتماعهما فيه فإذا ثبتت اليد العادية للغاصب انتفت اليد المحقة للمالك ضرورة، وهذا لأن اليد ليست هي إلا عبارة عن القدرة على التصرف

في البيوع اهـ **قوله: (والمثلي المخلوط بخلاف جنسه)** قال في الهداية عند قوله: وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة أي معنى ما لا مثل له قال الإتقاني. وهذا تفسير عجيب من صاحب الهداية لأنه تفسير الكلي بالجزئي لأن ما لا مثل له يشمل الحيوانات والذرعيات والعددي المتفاوت كالبطيخ والرمان والوزني الذي في تبعيضه

وعدم اليد عبارة عن عدم القدرة على التصرف فكانت في يد الغاصب ضرورة ومن ضرورتها انتفاء يد المالك فيضمن به كما يضمن المنقول بذلك وكما يضمن العقار المودع بالجحود وبالإقرار به لغير المالك وبالرجوع عن الشهادة بعد القضاء، وقوله عليه الصلاة والسلام: «من غصب شبراً من أرض طوّقه اللّه يوم القيامة من سبع أرضين»[١]. نص على أنه يتحقق فيه الغصب، ولنا أن الغصب تصرّف في المغصوب بإثبات يده وإزالة يد المالك ولا يكون ذلك إلا بالنقل والعقار لا يمكن نقله وأقصى ما يمكن فيه إخراج المالك عنه وذلك تصرف في المالك لا في العقار فلا يوجب الضمان كما إذا أبعد المالك عن المواشي على ما بينا بخلاف المنقول، ومسألة الوديعة على الخلاف في الأصح فلا تلزم ولئن سلم فالضمان فيها بترك الحفظ الملتزم بالجحود، والشهود إنما يضمنون العقار بالرجوع لأنه ضمان إتلاف لا ضمان غصب حتى لو أقام الشاهد البينة أن ذلك العقار له لا تقبل بينته ولو كان غصباً لقبلت والعقار يضمن بالإتلاف، والمذكور في الحديث الجزاء في الآخرة وكلامنا في الضمان في الدنيا وهو دليل على أن المذكور جميع جزائه ولو كان موجباً للضمان لبينه لأن الحاجة إليه أمس وزيادة الضمان عليه تكون نسخاً ولا يجوز ذلك بالرأي على ما عرف في موضعه، وإطلاق لفظ الغصب عليه لا يدل على تحقيق غصب موجب للضمان كإطلاق لفظ البيع على بيع الحرّ في قوله عليه الصلاة والسلام: «من باع حرّاً» الحديث لا يدل على تحقق بيع الحرّ وهذا لما عرف أن في لسان الشرع حقيقة ومجازاً وعلى هذا الاختلاف لو باع العقار بعد الغصب وأقرّ الغاصب بذلك وكذبه المشترى أو باعه من غير غصب وأقرّ بذلك وكذبه المشتري لا يقبل إقراره في حق المشتري لأنه ملكه ظاهراً ولا يضمن البائع عندهما لأنه لم يتلفه، وإنما التلف مضاف إلى عجز المالك عن إقامة البينة.

[٣/أ ١٤٨] قال رحمه اللّه: / (وما نقص بسكناه وزراعته ضمن النقصان كما في النقلي) وهذا بالإجماع، والفرق لهما أنه أتلفه بفعله والعقار يضمن بالإتلاف ولا يشترط لضمان الإتلاف أن يكون في يده، ألا ترى أن الحرّ يضمن به بخلاف ضمان الغصب حيث لا يضمن إلا بالحصول في اليد وعلى هذا لو ركب دابة الغير بغير إذنه ولم يسيرها حتى نزل ثم هلكت لم يضمن لعدم النقل وإن تلفت بركوبه يضمن لوجود

مضرة وهو المصوغ منه اهـ

---

(١) أخرجه البخاري في بدء الخلق (٣١٩٨)، ومسلم في المساقاة (١٦١٠)، والترمذي في الديات (١٤١٨).

الإتلاف بفعله وهو نظير ما لو قعد على بساط الغير بغير إذنه واختلفوا في تفسير النقصان، قال نصير بن يحيى: إنه ينظر بكم تستأجر هذه الأرض قبل الاستعمال وبعده فيضمن ما تفاوت بينهما من النقصان، وقال محمد بن سلمة: يعتبر ذلك بالشراء يعني أنه ينظر بكم تباع قبل الاستعمال وبكم تباع بعده فنقصانها ما تفاوت من ذلك فيضمنه وهو الأقيس لأن العبرة لقيمة العين دون المنفعة وذكر في النهاية أن محمد بن سلمة رجع إلى قول نصير ثم يأخذ الغاصب رأس ماله وهو البذر وما غرم من النقصان وما أنفق على الزرع ويتصدّق بالفضل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما اللّه حتى إذا غصب أرضاً فزرعها كرّين فأخرجت ثمانية أكرار ولحقه من المؤنة قدر كرّ ونقصها قدر كرّ فإنه يأخذ منه أربعة أكرار ويتصدق بالباقي، وقال أبو يوسف رحمه اللّه: لا يتصدّق بشيء لأن الزيادة حصلت في ضمانة وملكه لأن ما ضمن من الفائت يملكه بأداء الضمان والمضمونات تملك بأداء الضمان عندنا مستنداً إلى وقت وجود السبب وهو الغصب هنا فيتبين أنه حدث في ملكه إذ الخراج بالضمان بخلاف ما إذا لم ينقصها لانعدام الملك لعدم الضمان، وهذا لأنه يجب عليه ضمان كله فإذا ضمن كله ملك كله وكذا البعض، ولهما أنه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير فيكون سبيله التصدّق إذ الفرع يحصل على وصف الأصل فصار كما إذا لم ينقص بالاستعمال ولأن الملك المستند ثابت من وجه دون وجه فكان ناقصاً فلا يظهر في حق انعدام الخبث.

قال رحمه اللّه: (وإن استغله تصدّق بالغلة كما لو تصرف في المغصوب والوديعة وربح) أي إن استغل المغصوب بأن كان عبداً مثلاً فآجره فنقصه بالاستغلال وضمن النقصان تصدق الغاصب بالغلة كما يتصدق بالربح فيما إذا تصرف في المغصوب أو الوديعة بأن باعه وربح فيه أما الأول وهو الاستغلال فالمذكور هنا قولهما وعند أبي يوسف رحمه اللّه لا يتصدق به، وقد ذكرنا الوجه من الجانبين في المسألة التي قبلها وكان ينبغي أن يتصدق بما زاد على ما ضمن عندهما لا بالغلة كلها كما في المسألة الأولى ثم إنما يضمن الغاصب النقصان إذا كان النقصان في العين وكان غير ربوي لأنه دخل جميع أجزائه في ضمانه فيجب عليه ضمان قيمة ما تعذر ردّه من أجزائه كلاً أو بعضاً بخلاف المبيع حيث لا يوجب النقصان الحادث فيه قبل القبض إلا الخيار ولا يوجب حط شيء من الثمن لأن الأوصاف لا تضمن بالعقد وتضمن بالفعل وإن كان لتراجع السعر لا يضمن بعد أن ردّه في مكان الغصب لأن ذلك لقلة الرغبات فيه لا لنقصان في العين يفوت الجزء وإن كان ربوياً لا يمكنه أن يضمنه النقصان مع استرداد العين لأنه يؤدي إلى الربا إذ الجودة لا قيمة لها في

الأموال الربوية ولكنه يخير بين أن يأخذه ولا شيء له وبين أن يتركه على الغاصب ويضمنه مثله من جنسه أو قيمته من خلاف جنسه واستغلال العبد المستعار بالإيجار كاستغلال المغصوب حتى يجب عليه ضمان النقصان ويتصدق بالغلة عندهما خلافاً لأبي يوسف رحمه اللّه والوجه قد بيناه، ولو هلك في يده بعد ما استغله فضمنه المالك كان له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان لأن الخبث كان لأجل المالك فإذا / [١٤٨/ب/٣] أخذه المالك لا يظهر الخبث في حقه، ولهذا لو سلم الغلة إليه مع العبد يباح له التناول فيزول الخبث بالتسليم وتبرأ ذمّته عن القيمة بقدره بخلاف ما إذا باعه الغاصب بعد ما استغله وهلك في يد المشتري وضمن المالك المشتري قيمته ثم رجع المشتري على الغاصب بالثمن حيث لا يكون للغاصب أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إلى المشتري لأن الخبث كان لحق المالك والمشتري ليس بمالك فلا يزول الخبث بالأداء إليه فلا يؤدّيه إليه إلا إذا كان لا يجد غيره فترجح هو على غيره من الفقراء باعتبار أنه ملكه وهو محتاج إليه كما أن الملتقط له أن يصرف اللقطة على نفسه إذا كان محتاجاً ثم إذا أصاب مالاً تصدّق بمثله إذا كان غنياً وقت الاستغلال، وإن كان فقيراً فلا شيء عليه لما ذكرنا من ترجحه على غيره من الفقراء، وأما الثاني وهو ما إذا تصرف في المغصوب أو الوديعة وربح فهو على وجوه إما أن يكون مما يتعين بالتعيين كالعروض أو لا يتعين كالنقدين، فإن كان مما يتعين لا يحل له التناول منه قبل ضمان القيمة وبعده يحل إلا فيما زاد على قدر القيمة وهو الربح المذكور هنا فإنه لا يطيب له ويتصدّق به لأن العقد يتعلق فيما يتعين حتى ينفسخ العقد بالهلاك قبل القبض فتمكن الخبث فيه وإن كان مما لا يتعين فقد قال الكرخي: أنه على أربعة أوجه إما أن أشار إليه ونقد منه أو أشار إليه ونقد من غيره أو أطلق إطلاقاً ونقد منه أو أشار إلى غيره ونقد منه، وفي كل ذلك يطيب له إلا في الوجه الأوّل وهو ما إذا أشار إليه ونقد منه لأن الإشارة إليه لا تفيد التعيين فيستوي وجودها وعدمها إلا إذا تأكد بالنقد منها وقال مشايخنا رحمهم اللّه: لا يطيب بكل حال أن يتناول منه قبل أن يضمن، وبعد الضمان لا يطيب الربح بكل حال وهو المختار وإطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة يدل على ذلك ووجهه أنه بالنقد منه استفاد سلامة المشتري وبالإشارة استفاد جواز العقد لتعلق العقد به في حق القدر والوصف فتثبت فيه شبهة الحرمة لملكه بسبب خبيث، واختار بعضهم الفتوى على قول الكرخي في زماننا لكثرة الحرام وهذا كله على قولهما وعند أبي يوسف رحمه اللّه لا يتصدّق بشيء منه والوجه ما بينا، وهذا الاختلاف بينهم فيما إذا صار بالتقلب من جنس ما ضمن بأن ضمن دراهم مثلاً وصار في يده من بدل المضمون

دراهم وإن كان في يده من بدله خلاف ما ضمن بأن ضمن دراهم أو في يده من بدله خلاف جنس ما ضمن بأن ضمن دراهم وفي يده من بدله طعام أو عروض لا يجب عليه التصدّق بالإجماع لأن الربح إنما يتبين عند اتحاد الجنس وما لم يصر بالتقلب من جنس ما ضمن لا يظهر الربح.

قال رحمه الله: (وملك بلا حل انتفاع قبل أداء الضمان بشيّ وطبخ وطحن وزرع واتخاذ سيف وإناء غير الحجرين **وبناء على ساجة**) لأنه لو لم يملكه بذلك للحقه ضرر وكان ظلماً والظالم لا يظلم بل ينصف، ثم الضابط فيه أنه متى تغيرت العين المغصوبة **بفعل الغاصب** حتى زال اسمها ومعظم منافعها أو اختلطت بملك الغاصب بحيث لا يمكن تمييزها أصلاً أو إلا بحرج زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدّي بدلها وما ذكره من شي اللحم وطبخه وطبخ الحنطة أو طحنها وزرعها واتخاذ الحديد سيفاً أو إناء واتخاذ غيره مثل الصفر إناء والبناء على الساجة بهذه المثابة فيملكها الغاصب إلا الذهب والفضة فإنه لا يملكها/ باتخاذه أواني أو بضربه دنانير أو دراهم عند أبي حنيفة [١٤٩/أ ٣] رحمه الله وهما المراد بقوله غير الحجرين، وقال الشافعي رحمه الله: لا ينقطع حق المالك عن العين وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله غير أنه إذا اختار أخذ العين لا يضمنه النقصان عنده في الأموال الربوية لأنه يفضي إلى الربا، وعند الشافعي رحمه الله يضمنه وقد بيناه من قبل، وعن أبي يوسف رحمه الله أن ملكه يزول عن العين ويملكه الغاصب لكنه يباع فيوفي به دين المغصوب منه يعني ما وجب له عليه بالغصب من المثل أو القيمة وإن مات الغاصب فالمغصوب منه أحق به من سائر الغرماء على مثال الرهن والمبيع قبل القبض وجعل الآبق لعدم رضاه يبطلان حقه فصار كالمشتري إذا قبض المبيع بغير إذن البائع قبل إيفاء الثمن بل أولى لأن الملك أقوى من اليد فإذا لم يبطل حق اليد به فأولى أن لا يبطل به حق الملك، وللشافعي رحمه الله أن العين ملكه فيبقى ملكه ما بقيت العين ويتبعها وصفها إذ هو قائم بها فيترجح هو لكونه صاحب أصل، ولأن الدقيق حنطة فرقت أجزاؤها وذلك لا يوجب الخروج عن ملكه كالقطع في الثوب والذبح والسلخ **والتأريب** في الشاة ولأن فعله محظور فلا يكون سبباً للملك إذ المحظور لا يناط به نعمة الملك على أصله فلا يعتبر فعله

قوله: (**وبناء على ساجة**) في المغرب الساجة بالجيم الخشبة العظيمة أي الخشبة المنحوتة المهيأة للأساس ونحوه وأما مسألة الساحة بالحاء المهملة فتجيء اهـ كاكي. **قوله**: (**بفعل الغاصب**) قيد به لأنه لو تغير لا بفعل الغاصب بأن صار العنب زبيباً والخمر خلاً بنفسه والحليب جبناً والرطب تمراً فالمالك بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه وضمنه ولو صار العنب زبيباً بجعله ملكه كذا في فتاوى العتابي اهـ دراية. **قوله**: (**والتأريب**) قال الإتقاني:

فصار كما إذا وقعت الحنطة في الطاحونة وانطحنت بفعل الماء والهواء من غير صنع أحد، ولنا أنه استهلك العين من وجه ألا ترى أن المقاصد قد فات بعضها وكذا الذات قد فات من وجه بالاستحالة حتى صار له اسم آخر وقد أحدث فيها الصنعة وهي حق للغاصب وهي قائمة من كل وجه فترجحت بذلك وإن كانت وصفاً على الأصل الذي هو فائت من وجه فكانت أولى بالاعتبار وهذا لأن الزيادة حصلت في العين بفعل الغاصب فكانت كسباً له، والكاسب أحق بكسبه من غيره وإن كان في محل مملوك للغير لأن الحكم يضاف إلى العلة لا إلى المحل وذات حقه قائم فكان الترجيح به ترجيحاً بالذات فكان أولى من الترجيح بالأصل لأنه يرجع إلى الترجيح بالحال وهو البقاء وهذا ترجيح بالذات وهو الوجود من كل وجه فكان الترجيح به أولى لأن الحال قائمة بالذات، **والمحظور لغيره لا يمتنع أن يكون سبباً** لحكم شرعي ألا ترى أن الصلاة في الأرض المغصوبة تجوز وتكون سبباً لحصول الثواب الجزيل فما ظنك بالملك بخلاف ما استشهد به لأن الذبح لا يفوّت اسم الشاة يقال: شاة مذبوحة وشاة حية، والسلخ والتأريب لا يفوت به المقصود بالذبح **فلا يحصل به تبديل العين على ملكه** بخلاف ما نحن فيه لأن العين تبدّلت وتجدّد لها اسم آخر فصارت كعين أخرى حصلها بكسبه فيملكها غير أنه لا يجوز له الانتفاع به قبل أن يؤدّي الضمان كي لا يلزم منه فتح باب الغصوب وفي منعه حسم مادّته، ويدل عليه قوله عليه الصلاة والسلام: في الشاة المذبوحة بغير إذن مالكها بعد الطبخ: «أطعموها الأسارى»[1].

تأريب الشاة جعلها إرباً إرباً أي عضواً عضواً اهـ **قوله: (والمحظور لغيره لا يمتنع أن يكون سبباً إلخ)** قال الإتقاني: والجواب عن قولهم فعل الغصب عدوان محض لا يصلح سبباً لنعمة الملك. قلنا: لا يصلح سبباً له قصداً وإنما جعلناه سبباً عند تقرر الضمان بالاستهلاك في ضمن حكم الضمان كي لا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد والضمان حكم واجب مشروع حسن بالإجماع فصار ما ثبت في ضمنه أيضاً حسناً لأنه يراعي صلاحية السبب في الأصل لا في التبع تحقيق الكلام أن فعل الغاصب الذي هو الزراعة مثلاً ليس بمحظور من حيث أنه إحداث الزرع وإنما المحظور كونه غصباً وهو إزالة شيء عن يد المالك فإذا لم يكن محظوراً من حيث إنه إحداث صلح سبباً للملك فصار قولنا زرع حنطة مغصوبة إشارة إلى إحداث شيء بآلة مغصوبة بمنزلة الاصطياد بقوس الغير والاحتطاب بقدوم الغير اهـ **قوله: (فلا يحصل به تبديل العين)** في الخلاصة غصب شاة فذبحها وسلخها وجعلها إرباً إرباً ملكها وعليه قيمتها حية أو غصب حماراً أو بغلاً فقطع يدهما أو رجلهما

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٢٢٠٠٣).

ولو جاز الانتفاع به أو لم يملكه لما قال ذلك **والقياس أن يجوز الانتفاع به** وهو قول زفر والحسن ورواية عن أبي حنيفة رحمهم اللّه لوجود الملك المطلق للتصرف، ولهذا ينفذ تصرفه فيه كالتمليك لغيره، ووجه الاستحسان ما بيناه ونفاذ تصرفه فيه لوجود الملك وذلك لا يدل على الحل، ألا ترى أن المشتري شراء فاسداً ينفذ تصرفه فيه مع أنه لا يحل له الانتفاع به ثم إذا دفع القيمة إليه وأخذوه أو حكم/ الحاكم بالقيمة أو [١٤٩ب/٣]

ملكهما وعليه قيمتهما اهـ قال الإتقاني: والجواب عن ذبح الشاة بعد الغصب بعض أصحابنا قالوا بأنه ينقطع حق المالك بالذبح كذا في الطريقة البرهانية فنمنعه والصحيح أنه لا ينقطع حق المالك به لأن الشاة لا تصير مستهلكة بمجرد الذبح لبقاء الاسم، ولهذا يقال شاة مذبوحة فإذا أرّبها عضواً عضواً بعضهم قالوا ينقطع حق المالك لأنه صار مستهلكاً بزوال التركيب لكن الصحيح خلافه كذا في الطريقة البراهانية أيضاً وذلك لأن بالذبح لما لم تصر الشاة مستهلكة صار كأنه غصب شاة مذبوحة فقطعها إرباً إرباً فلا ينقطع حق المالك لأن المنافع المتعلقة بها لم تفت لأنها كانت تقصد للأكل وبعد القطع لم يبطل هذا المعنى، اهـ. وكتب ما نصه: حكى الزاهدي فيه خلافا اهـ **قوله: (فبقيت على ملكه)** كذا ذكر في الكافي. **قوله: (ولو جاز انتفاع به)** أي للغاصب كما هو القياس وبه قال زفر اهـ **قوله: (أو لم يملكه)** أي كما قال به الشافعي اهـ **قوله: (والقياس أن يجوز الانتفاع به)** أي قبل أداء البدل اهـ وكتب ما نصه: قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره: وأصل هذا الباب الذي عمل عليه أصحابنا الحديث الذي روي عن النبي ﷺ رواه أبو يوسف واحتج به ورواه محمد واحتج به ورواه الحسن بن زياد في كتابه عن عاصم بن كليب الجرمي أن رسول اللّه ﷺ: زار قوماً فذبحوا له شاة فجعل يمضغه رسول اللّه ﷺ ولا يسيغه فسألهم عن ذلك فقالوا: شاة لفلان ذبحناها حتى يأتي فنرضيه فقال رسول اللّه ﷺ: «أطعموها الأسارى». فلولا أن ملك الغاصب زال عنها لم يأمرهم بالتصدّق بها بل أمر بيعها وحفظ ثمنها على الغائب، وعلى هذا بنى أبو حنيفة كثيراً من مسائل الغصب. قال محمد: يعني بالأسرى المحتبسين كذا في شرح مختصر الكرخي. والمعقول في المسألة أن الغاصب غصب الحنطة ثم استهلكها بالطحن فينقطع حق المالك عنها لا محالة فصار كما إذا غصب ثوباً فأحرقه فصار رماداً فإنه ينقطع حق المالك بالاستهلاك فكذا هذا. والدليل على الاستهلاك أن اسم الحنطة زال عنها بعض الطحن وكذلك زالت صورتها ومعناها فدل على الاستهلاك أما إذا زال الاسم فلأنها كانت تسمى حنطة. والآن تسمى دقيقاً، وأما زوال الصورة فلان صورتها هي الحبة السمراء المشقوقة البطن ولم تبق تلك الصورة بعد الطحن، وأما معناها فلأنها كانت تصلح للزراعة والقلي ولطبخ الهريسة ونحو ذلك فلأن لا تصلح لذلك فإذا ثبت التغاير بينهما عن هذه الوجوه كان الدقيق جنساً آخر غير الحنطة فينقطع حق المالك ولا

تراضيا على مقدار حل له الانتفاع به لوجود الرضا من المغصوب منه لأن الحاكم لا يحكم إلا بطلبه فحصلت المبادلة بالتراضي **وقال أبو يوسف** رحمه اللّه في الحنطة المزروعة والنواة المزروعة: يجوز له الانتفاع قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه ولا يتصدّق بالفضل عنده وقد بيناه من قبل، وأما الذهب والفضة فالمذكور هنا قول أبي حنيفة رحمه اللّه وعندهما يملكهما الغاصب بضربهما دنانير أو دراهم **أو أواني** لما ذكرنا في غيرهما والجامع أنه أحدث فيه الصنعة المتقوّمة وفوّت بعض مقاصده، ولأبي حنيفة رحمه اللّه أن العين باقية من كل وجه ولم تهلك من وجه مّا، ألا ترى أن الاسم لم يتغير ومعناه الثمنية وهو أيضاً باق وكذا كونه موزوناً باق أيضاً يجري فيه الربا باعتباره وكذا الصنعة فيهما غير متقوّمة أيضاً مطلقاً، ألا ترى أنها لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس بخلاف غيرهما، وقال الكرخي والفقيه أبو جعفر: إنما ينقطع حق المالك عن الساجة إذا بنى حولها وأما إذا بنى عليها فينقطع حق المالك لأنه متعدّ في البناء عليها والساجة من وجه كالأصل لهذا البناء فيهدم للردّ كما إذا بنى في الأرض المغصوبة، **وعند الشافعي رحمه اللّه: لا ينقطع حق المالك** كيفما كان فيهدم البناء ويأخذ ساجته لأنه وجد عين ماله فكان أحق به بالنص، وعندنا انقطع حقه مطلقاً في الصحيح لأن في قلعه ضرراً بالغاصب وقال عليه الصلاة والسلام: «لا

يكون له سبيل في الدقيق وقوله عليه الصلاة والسلام: «على اليد ما أخذت حتى ترد»(١). دليل على هذا لأنه أخذ الحنطة لا الدقيق فإذا كان عينها مستهلكاً يلزمه مثلها وكذلك الحنطة إذا غصبها فزرعها ينقطع حق المالك عنها لأن الزرع غير الحنطة بدليل تغاير الاسم والصورة والمعنى المطلوب فصار الحادث غير ما كان اهـ إتقاني. **قوله: (وقال أبو يوسف إلخ)** قال في الهداية: وعلى هذا الخلاف إذا غصب حنطة فزرعها أو نواة فغرسها قال الإتقاني: يعني لا يحل الانتفاع بالمغصوب قبل أداء البدل خلافاً لزفر إلا أن أبا يوسف قال في هاتين الصورتين: يحل الانتفاع قبل أداء البدل وقبل أن يرضى صاحبه لأنه صار مستهلكاً من كل وجه لأن الحبة صارت قصيلاً والنواة صارت نخلاً بخلاف ما تقدّم من غصب الشاة وذبحها وطبخها وغصب الحنطة وطحنها حيث لا يحل الانتفاع قبل إرضاء المالك لأن أجزاء الشاة والحنطة باقية وهذا معنى قوله لقيام العين فيه من كل وجه اهـ **قوله: (أو أواني)** قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي: وإن غصب فضة فضربها دراهم أو صاغها إناء قال: يأخذها ولا أجر للغاصب، ولا يشبه هذا الحديد والصفر لأنه فضة بعينها لا يخرج من الوزن. وقال أبو يوسف ومحمد: يعطيه مثل قيمته، وكذلك الذهب إلى هنا لفظ الحاكم رحمه اللّه اهـ إتقاني. **قوله: (وعند الشافعي لا ينقطع حق المالك إلخ)** قال الإتقاني وقال زفر:

---

(١) تقدم تخريجه.

ضرر ولا ضرار في الإسلام»[1] وضرر الملك مجبور بضمان القيمة فلا يعدّ ضرراً فصار كما إذا خاط بالخيط المغصوب بطن آدمي أو أدخل لوحاً مغصوباً في السفينة وكانت في لجج البحر هذا إذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة، وأما إذا كانت قيمة الساجة أكثر من قيمة البناء فلم ينقطع حق المالك عنها، ذكره في النهاية معزياً إلى الذخيرة.

قال رحمه اللّه: (ولو ذبح شاة أو خرق ثوباً فاحشاً ضمن القيمة وسلم المغصوب إليه أو ضمن النقصان) **وكذا لو ذبح الجزور وقطع اليد أو الرجل كالذبح** لأن هذه الأشياء إتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل والدر والنسل وفوات بعض المنفعة في الثوب فيخير بين تضمين جميع قيمته وتركه وبين تضمين نقصانه وأخذه وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما اللّه أنه ليس له أن يضمنه النقصان إذا أخذ اللحم لأن الذبح والسلخ زيادة فيها لانقطاع احتمال الموت حتف أنفها وأمكن الانتفاع بلحمها بيقين والأول هو الظاهر لأنه نقصان باعتبار فوات بعض

ينقض البناء وبه قال الشافعي اهـ **قوله: (وكذا لو ذبح الجزور)** ليس في خط الشارح اهـ قال في الهداية: وكذا الجزور اهـ يعني إذا غصب الجزور وهي التي أعدّت للذبح من الإبل من الجزر وهو القطع ثم ذبحها فالحكم فيه كما في غصب الشاة إذا ذبحها إما أن يأخذ العين مع نقصان الذبح. وإما أن يترك العين وضمن جميع القيمة. وإنما ذكر الجزور دفعاً لوهم متوهم وهو أن يقال: إذا كانت الجزور معدّة للذبح لم يكن معنى الدر والنسل فيها مطلوباً فكيف يلزم النقصان بل الذبح زيادة لأنه يؤخذ لأجله العوض فأجاب عنه وقال لا يتفاوت الحكم بين أن يكون الحيوان معداً للذبح أو لم يكن لأن الذبح في الحيوان نقص من حيث تفويت الحياة اهـ إتقاني. **قوله: (وقطع اليد أو الرجل كالذبح)** قال في الهداية: وكذا إذا قطع يدهما أي يد الشاة والجزور، قال الإتقاني: أي حكم قطع يد الشاة والجزور كحكم ذبحهما يعني أن للمالك الخيار إن شاء أخذ العين مع نقصان القطع وإن شاء ترك العين للغاصب وضمنه جميع القيمة، وهذه رواية عن أصحابنا، والظاهر أن له تضمين جميع القيمة بلا خيار ألا ترى إلى ما قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي: وأما الدابة إذا غصبها فقطع يدها أو رجلهافلا يشبه أي لا يشبه الخرق الكثير في الثوب قال: لأنه استهلكها وليس ينتفع صاحبها بما بقي والغاصب ضامن لقيمة الدابة وهي له. وكذلك لو كانت بقرة أو شاة أو جزوراً فذبحها أو قطع يدها أو رجلها إلى هنا لفظ الحاكم الشهيد رحمه اللّه. وذلك لأن الدابة بعد ما قطعت يدها أو رجلها لا ينتفع بها انتفاع الدواب

---

(١) أخرجه ابن ماجه في الأحكام (١٣٤١) من غير قوله «في الإسلام»، وأحمد في مسنده (٢٨٦٢)، ومالك في الموطأ كتاب الأقضية (١٤٦١).

الأغراض على ما بينا آنفاً. **ولو كانت الدابة غير مأكولة اللحم** يضمن قاطع الطرف جميع قيمتها لأنه استهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف العبد حيث يضمن نصف قيمته مع أخذه لأنه منتفع به بعد قطع الطرف **لأنه بعد القطع صالح لجميع ما كان صالحاً له** قبله من الانتفاع ولا كذلك الدابة فإنها لا تصلح للحمل ولا للركوب بعد القطع.

قال رحمه الله: (وفي الخرق اليسير ضمن نقصانه) يعني مع أخذ عينه وليس له غير ذلك لأن العين قائمة من كل وجه وإنما دخله عيب فنقص لذلك فكان له أن يضمنه النقصان واختلفوا في حدّ الخرق اليسير والكبير، قيل: ما يوجب نقصان ربع القيمة فاحش وما دونه يسير، وقيل: الفاحش ما ينقص به نصف القيمة لاستواء الهالك والقائم فيخير المالك بين أن يميل إلى الهالك أو القائم، والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وإنما يدخل فيه نقصان في المنفعةلأن الاستهلاك المطلق من كل وجه عبارة عن إتلاف جميع المنفعة والاستهلاك من وجه عبارة عن تفويت بعض المنافع/ [١٥٠/أ/٣] والنقصان عبارة عن تعييب المنافع مع بقائها وهو تفويت الجودة لا غير ولا عبرة بقيام أكثر المنافع لأن الرجحان إنما يطلب إذا تعذر العمل بأحدهما ومتى أمكن العمل بهما لا يصار إلى الترجيح ولا يشتغل به وهنا أمكن اعتبار الاستهلاك والنقصان بإثبات الخيار له فلا يعتبر الراجح وذكر في النهاية أن الفاحش هو المستأصل للثوب وهو أن يجعل الثوب لا يصلح إلا للخرق ولا يرغب في شرائه وعزاه إلى الحلواني، وقال شمس الأئمة السرخسي: الحكم الذي ذكرنا في الخرق في الثوب من تخيير المالك إذا كان الخرق فاحشاً هو الحكم في كل عين من الأعيان إلا في الأموال الربوية فإن التعييب هناك فاحشاً كان أو يسيراً كان لصاحبها الخيار بين أن يمسك العين ولا يرجع على الغاصب بشيء وبين أن يسلم العين ويضمنه مثله أو قيمته لأن تضمين النقصان متعذر لأنه يؤدي إلى الربا هذا إذا قطع

فصارت هالكة فإذا صارت هالكة فالغاصب مستهلك يجب عليه القيمة وتكون الدابة له بخلاف الثوب فإن الثوب بالخرق الفاحش لا يكون هالكاً لأنه يمكن أن ينتفع به انتفاع الثياب فلا يضمنه القيمة بلا خيار بل يكون للمالك الخيار اهـ **قوله: (ولو كانت الدابة غير مأكولة اللحم)** قال الإتقاني: هذا الفرق بين مأكول اللحم وغير مأكول اللحم في قطع الطرف على ما ذهب إليه صاحب الهداية. والظاهر وجوب تضمين جميع القيمة فيهما بلا خيار وقد مر قبل هذا اهـ **قوله: (لأنه بعد القطع صالح لجميع ما كان صالحاً له)** فيه نظر وينبغي أن

الثوب ولم يجدد فيه صنعة وأما إذا جدد فيه صنعة بأن خاطه قميصاً مثلاً فإنه ينقطع به حق المالك عنه عندنا ذكره في النهاية معزياً إلى الذخيرة.

قال رحمه اللّه: (ولو غرس أو بني في أرض الغير قلعا وردّت) أي قلع البناء والغرس وردّت الأرض إلى صاحبها لقوله عليه الصلاة والسلام: «ليس لعرق ظالم حق أي ليس لذي عرق ظالم»[١]، وصف العرق بصفة صاحبه وهو الظلم وهو من المجاز كما يقال: صام نهاره **وقام ليله**. قال اللّه تعالى: ﴿فيها يفرق كل أمر حكيم﴾ [الدخان: ٤]، ولأن الأرض باقية على ملكه إذ لم تصر مستهلكة ولا مغصوبة حقيقة ولا وجد فيها شيء يوجب الملك للغاصب فيؤمر بتفريغها وردّها إلى مالكها كما إذا أشغل ظرف غيره بالطعام هذا إذا كانت قيمة الساحة أكثر من قيمة البناء وإن كانت قيمة البناء أكثر فللغاصب أن يضمن له قيمة الساحة فيأخذها ذكره في النهاية وعلى هذا لو ابتعلت دجاجة لؤلؤة ينظر أيهما أكثر قيمة فلصاحبه أن يأخذ ويضمن قيمة الآخر، وعلى هذا التفصيل لو أدخل فصيل غيره في داره وكبر فيها ولم يمكن إخراجه إلا بهدم الجدار، وعلى هذا التفصيل لو أدخل البقر رأسه في قدر من النحاس فتعذر إخراجه.

قال رحمه اللّه: (وإن نقصت الأرض بالقلع ضمن له البناء والغرس مقلوعاً ويكون له) أي إذا كانت الأرض تنتقص بالقلع كان لصاحب الأرض أن يضمن للغاصب قيمة البناء أو الغرس مقلوعاً ويكونان له لأن فيه دفع الضرر عنهما فتعين فيه النظر لهما، وإنما يضمن له قيمته مقلوعاً لأنه مستحق القلع وليس له أن يستديم فيها فتعتبر قيمته في ذلك الوقت مقلوعاً وكيفية معرفتها أن تقوّم الأرض وبها بناء أو شجر استحق قلعه أي أمر بقلعه وتقوّم وحدها ليس فيها بناء ولا غرس فيضمن فضل ما بينهما كذا قالوا، وهذا ليس بضمان لقيمته مقلوعاً بل هو ضمان لقيمته قائماً

يقال: لأنه منتفع به بعد قطع طرفه في بعض المنافع اهـ من خط قارئ الهداية. **قوله: (وقام ليله)** وصف الليل والنهار والأمر بصفة صاحبه، اهـ. من خط الشارح. **قوله: (إن شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض ومثل السويق)** قال في الكنز في كتاب المضاربة: ولو قصره أو حمله بماله. وقيل له: اعمل برأيك فهو متطوّع فيما أنفق وإن صبغه أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن اهـ. قال الإتقاني: ألا ترى أن الغاصب لو قصر يضيع ماله ولو صبغ لا يضيع فهاهنا أولى ولهذا لو صبغه أحمر أو أصفر لم يكن للمالك أن يأخذ مجاناً بل يتخير رب الثوب إن شاء أخذ الثوب وأعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه

---

(١) تقدم تخريجه.

مستحق القلع، وإنما يكون ضماناً لقيمته مقلوعاً أن لو قوّم البناء والغرس مقلوعاً موضوعاً في الأرض بأن يقدر الغرس حطباً والبناء آجراً أو لبناً أو حجارة مكوّمة على الأرض فيقوّم وحده من غير أن يضم إلى الأرض فيضمن له قيمة الحطب والحجارة المكوّمة دون المبنية.

قال رحمه اللّه: (وإن صبغ أو لت السويق بسمن ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق أو أخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن) يعني إذا غصب ثوباً فصبغه وسويقاً فلته بسمن فالمالك بالخيار **إن شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض ومثل السويق** وإن شاء أخذ المصبوغ والملتوت وغرم ما زاد الصبغ والسمن، وقال الشافعي رحمه اللّه في الثوب يؤمر الغاصب بقلع الصبغ بالغسل بقدر الإمكان ويسلمه لصاحبه وإن انتقص قيمة الثوب بذلك/ [١٥٠ ب/٣] فعليه ضمان النقصان لأن الغاصب متعدّ فلم يكن لفعله عبرة والتمييز ممكن فصار نظير الغرس والبناء في الأرض بخلاف السمن في السويق لتعذر التمييز، ولنا أن الصبغ مال متقوّم كالثوب وبجنايته لا يسقط تقوّم ماله فيجب صيانة حقهما ما أمكن وكان صاحب الثوب أولى بالتخيير لأنه صاحب أصل والآخر صاحب وصف وهو قائم بالأصل، وكذا السويق أصل والسمن تبع، ألا تراهم يقولون: سويق ملتوت فيخير صاحبه لتعذر التمييز بخلاف البناء والغرس لأن التمييز ممكن فيه بالنقض وله وجود بعد النقض فأمكن إيصال حق كل واحد منهما إليه والصبغ يتلاشى بالغسل فلا يمكن إيصاله إلى صاحبه وبخلاف ما إذا انصبغ من غير فعل أحد كإلقاء الريح حيث لا يثبت فيه لرب الثوب الخيار بل يؤمر صاحبه بدفع قيمة الصبغ إلى صاحبه لأنه لا جناية من صاحب الصبغ حتى يضمن الثوب بل يتملك صاحب الثوب الصبغ بقيمته، وقال أبو عصمة في مسألة الغصب: إن شاء رب الثوب باع الثوب فيضرب كل واحد منهما بقيمة ماله، وهذا طريق حسن أيضاً لإمكان وصول حق كل واحد منهما به إلى صاحبه، ويتأتى هذا فيما إذا انصبغ الثوب بنفسه أيضاً، والجواب في اللت كالجواب في الصبغ غير أنه يضمن فيه مثل السويق وفي الصبغ قيمته لأن السويق والسمن من ذوات الأمثال بخلاف الصبغ والثوب، وفي الكافي قال في المبسوط: يضمن قيمة سويقه لأنه يتفاوت بتفاوت القلي فلم يبق مثلياً كالخبز وما روي عن أبي حنيفة رحمه اللّه من أن الغاصب إذا صبغ الثوب أسود فهو نقصان وعندهما زيادة كالحمرة والصفرة راجع إلى اختلاف عصر وزمان فإن بني أمية في

وإن شاء ضمنه جميع قيمة الثوب أبيض يوم صبغه وترك الثوب عليه فكذلك هاهنا يكون شريكاً بقدر ماله، اهـ. وقد نقلت عبارته في المضاربة بأتم من هذا وأفيد اهـ قوله فكذلك

زمانه كانوا يمتنعون عن لبس السواد وفي زمانهما بنوا العباس كانوا يلبسون السواد فأجاب كل منهم على ما شاهد من عادة أهل عصره، ولا خلاف فيه بينهم في الحقيقة ولهذا لم يتعرض في المختصر لذكر هذ الاختلاف ولا للون الصبغ لأن من الثياب ما يزداد بالسواد ومنها ما ينتقص، وكذا من الثياب ما يزداد بالحمرة والصفرة ومنها ما ينتقص، فلا معنى للتقييد بلون دون لون بل لا يعتبر فيه إلا الزيادة والنقصان حقيقة، ولو كان ثوباً ينقصه الصبغ بأن كانت قيمته ثلاثين درهماً مثلاً فتراجعت بالصبغ إلى عشرين فعن محمد رحمه الله ينظر إلى ثوب يزيد فيه ذلك الصبغ فإن كانت الزيادة خمسة يأخذ رب الثوب ثوبه وخمسة دراهم لأن صاحب الثوب وجب له على الغاصب ضمان نقصان قيمة ثوبه عشرة دراهم ووجب عليه للغاصب قيمة صبغه خمسة فالخمسة بالخمسة قصاص ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة، رواه هشام عن محمد رحمه الله وهو مشكل من حيث إن المغصوب منه لم يصل إليه المغصوب كله وإنما وصل إليه بعضه وكان من حقه أن يطالب هو إلى تمام حقه فكيف يتوجه عليه الطلب وهو لم ينتفع بالصبغ شيئاً ولم يحصل له به إلا تلف ماله وكيف يسقط عن الغاصب بعض قيمة المغصوب بالإتلاف والإتلاف مقرّر لوجوب جميع القيمة وكيف صار مسقطاً له هنا.

(فصل) قال رحمه الله: (غيب المغصوب وضمن قيمته ملكه) وقال الشافعي رحمه الله: لا يملكه لأن الغصب محظور فلا يكون سبباً للملك **كما في المدبر** وهذا لأن الملك مرغوب فيه وهو حكم شرعي فلا يصلح المحظور سبباً له لأنه يلزم منه ترغيب الناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب فيه لهم ولا يجوز إضافة مثله إلى الشارع **فوجب** أدنى درجات السبب أن يكون مباحاً كي لا يلزم الترغيب في تحصيل الحرام ولأنه قبيح لأنه منهي عنه بقوله تعالى: ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض﴾ [النساء: ٢٩]. والغصب / ليس بتجارة عن تراض فكان [١٥١ أ/٣] باطلاً والباطل لا يفيد الملك، وهذا لأنه عدوان محض وليس فيه شبهة الإباحة كالقتل فكيف يستفاد الملك بالجناية المحضة، ولنا أن المالك ملك بدل المغصوب رقبة ويداً فوجب أن يزول ملكه عن المبدل إذا كان يقبله دفعاً للضرر عن الغاصب وتحقيقاً للعدل أو ضرورة حتى لا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد فإنه مستحيل واسمه ينبأك عنه فإن البدل اسم لما يقوم مقام الفائت لا لما يقوم مقام

هاهنا أي المضارب اهـ وقوله يكون شريكاً بقدر ماله أي كالغاصب اهـ (فصل) **قوله: (كما في المدبر)** أي إذا غصب وغيبه الغاصب وضمن قيمته اهـ **قوله: (فوجب)** أي أن لا يكون

القائم فإذا ثبت ملكه فيه على الكمال وجب أن يزول ملكه في المبدل ليتحقق معنى هذا الاسم، وكذا لفظ الجبران ينبئ عنه فإنه لا يكون إلا عن الفائت كالبدل، ،ولا يقال: هذا بدل عما فات وهو اليد لا الملك لأن الفائت بفعل الغاصب هو اليد دون الملك إذ ملكه قائم في العين فلا يكون بدلاً عن العين ولهذا قلتم: لو كسر قلب غيره فقضى عليه القاضي بقيمته وأخذ القلب ثم افترقا قبل القبض لا يبطل القضاء ولو كان بدلاً عن العين لبطل لكونه صرفاً لأنا نقول: لو كان بدلاً عما فات من اليد مع بقاء العين في ملكه لكان إجحافاً بالغاصب بإزالة ملكه عن البدل وإثبات الملك فيه للمغصوب منه بمقابلة عين في ملكه مع إمكان تحقيق العدل بينهما وهذا خلف فكان من ضرورة القضاء بقيمة العين زوال ملكه عنها ليتحقق معنى البدل والجبران فكان ثبوت المبادلة ضرورياً، وما ثبت للضرورة يتقدّر بقدرها فلا يكون بيعاً من كل وجه فلا يظهر في حق البطلان بالافتراق قبل القبض لأن شرط التقابض ثبت فيما هو سبب للملك مقصوداً فلا يتعدّاه وأما المدبر فنقول: يزول ملكه عنه ويدخل في ملك الغاصب ضرورة، ولهذا لو لم يظهر المدبر وظهر له كسب كان للغاصب إلا أنه إذا ظهر المدبر يعاد إلى ملك المغصوب منه صيانة لحق المدبر **أو نقول: لا يقبل النقل** فيجعل الضمان بدلاً عن اليد التي فاتت بفعله للضرورة أو عن العين من غير أن يدخل في ملكه شيء كما في ضمان العتق عندهما ولا يقال المدبر يقبل النقل من ملك إلى ملك، ولهذا لو قضى القاضي بجواز بيعه نفذ لأنا نقول: ينفسخ التدبير بالقضاء فينفذ البيع بعد القضاء لكونه قناً بعد انفساخه، والجواب عما تلا أن رضاه قد وجد بطلب القيمة منه ونحن لا نجعل الغصب القبيح سبباً للملك بل الغاصب موجب لردّ العين عند القدرة ولردّ القيمة عند العجز بطريق الجبران، وهذا الحكم هو المقصود بهذا السبب ثم يثبت الملك به للغاصب شرطاً للقضاء بالقيمة لا حكماً ثابتاً بالغصب مقصوداً ولهذا لا يملك الولد بخلاف الزيادة المتصلة والكسب لأنه تبع إذْ الكسب بدل المنفعة ولا كذلك المنفصل بخلاف البيع الموقوف أو الذي فيه الخيار حيث يملك به الزيادة المنفصلة أيضاً لأنه سبب موضوع للملك فيستند من كل وجه.

قال رحمه الله: (والقول في القيمة للغاصب مع يمينه والبينة للمالك) لأن الغاصب منكر والملك مدّع ولو أقام الغاصب البينة لا تقبل لأنها تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل ذكره في النهاية ثم قال فيه قال بعض مشايخنا: ينبغي أن تقبل بينة

سبباً إذ هذا الملحق يحتاج إليه لتصحيح كلام الشارح رحمه الله فتأمل اهـ **قوله: (أو نقول: المدبر لا يقبل النقل)** أي من ملك إلى ملك فلهذا لم يملكه الغاصب بالضمان اهـ إتقاني.

الغاصب لإسقاط اليمين، وقد تقبل البينة لإسقاط اليمين، ألا ترى أن المودع إذا ادّعى ردّ الوديعة يُقبل قوله، ولو أقام البينة تقبل بينته. ثم قال: وكان أبو علي النسفي يقول هذه المسألة عدّت مشكلة، ومن المشايخ من فرق بين هذه المسألة وبين مسألة الوديعة وهو الصحيح.

قال رحمه اللّه: (فإن ظهر وقيمته أكثر وقد ضمنه بقول المالك أو ببينته أو بنكول الغاصب/ فهو للغاصب ولا خيار للمالك) لأنه رضي به وتم ملكه برضاه [١٥١ب/٣] حيث سلم له ما ادّعاه.

قال رحمه اللّه: (وإن ضمنه بيمين الغاصب فالمالك يمضي الضمان أو يأخذ المغصوب **ويردّ العوض**) لعدم تمام رضاه بهذا القدر من الضمان وإنما أخذ دون القيمة لعدم الحجة لا للرضا به، ولو ظهر المغصوب وقيمته مثل ما ضمنه أو أقل في هذه الصورة وهي ما إذا ضمنه بقوله الغاصب مع يمينه قال الكرخي رحمه اللّه: لا خيار له لأنه توفر عليه مالية ملكه بكماله، وفي ظاهر الرواية يثبت له الخيار وهو الأصح لأن ثبوت الخيار الفوات الرضا وقد فات هنا حيث لم يحصل له ما يدعيه وله أن لا يبيع ماله إلا بثمن يختاره ويرضى به فكان له الخيار. ثم إذا اختار المالك أخذ العين فللغاصب أن يحبس العين حتى يأخذ القيمة التي دفعها إليه لأنها مقابلة بالعين بخلاف المدبر لأنه غير مقابل به بل بما فات من اليد على ما بينا.

قال رحمه اللّه: (وإن باع المغصوب فضمنه المالك نفذ بيعه وإن حرره ثم ضمنه لا) أي لو باع الغاصب المغصوب أو أعتقه ثم ضمنه المالك قيمته نفذ بيعه ولا ينفذ عتقه، والفرق بينهما أن ملك الغاصب ناقص لأنه يثبت مستنداً أو ضرورة وكل ذلك ثابت من وجه دون وجه، ولهذا لا يظهر الملك في حق الأولاد ويظهر في حق الأكساب لأن الولد أصل من وجه تبع من وجه قبل الانفصال وبعده أصل من كل وجه، والكسب تبع من كل وجه لكونه بدل المنفعة وهي تبع محض، والملك الناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق، ألا ترى أن البيع ينفذ من المكاتب بل من المأذون دون عتقه، ولا يشبه هذا عتق المشتري من الغاصب حيث ينفذ بإجازة المالك البيع عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما اللّه، وكذا بضمان الغاصب القيمة في الأصح لأنه عتق ترتب على سبب ملك تام بنفسه موضوع له فينفذ العتق بنفوذ السبب، والدليل على أنه تامّ أن الإشهاد يشترط في النكاح الموقوف عند العقد لا عند الإجازة ولو لم يكن تاماً لاشترط عند الإجازة، ولهذا لو تصارف الغاصبان

قوله في المتن: (ويردّ العوض) أي ولو كان قيمتها أكثر مما أخذ بدانق اهـ عمادية في آخر

وتقابضا وافترقا وأجاز المالكان بعد الافتراق جاز الصرف. وكذا المبيع يملك عند الإجازة بزوائده المتصلة والمنفصلة ولو لم يكن تاماً بنفسه لما كان كذلك.

قال رحمه الله: (وزوائد المغصوب أمانة فتضمن بالتعدّي أو بالمنع بعد طلب المالك) وقال الشافعي رحمه الله: هي مضمونة على الغاصب، ولا فرق بين **أن تكون الزيادة متصلة أو منفصلة** أو كانت بالسعر على المذهبين للشافعي رحمه الله أنها متولدة من عين مضمونة فتكون مضمونة مثلها لما عرف أن الأوصاف الشرعية تسري من الأصل إلى ما يتولد منه ألا ترى أن ولد أمّ الولد والمدبرة والمكاتبة والقنة والحرّة يسرى إليه حكم أمه حتى يكون حكمه كحكم أمه وكذا ولد الظبية المخرجة من الحرم يسرى إليه حكم أمه ولأن الغصب هو إثبات اليد على ملك الغير بغير إذن مالكه وقد تحقق ذلك في الزوائد بحسب تحققه في الأصل فكان مضموناً كالأصل وصار كولد الظبية المخرجة من الحرم. ولنا أن الغصب إزالة يد المالك بإثبات اليد عليه ولا يتحقق ذلك في الزوائد لأنها لم تكن في يد المالك حتى يزيلها عنه فلم يتحقق تفويت اليد **فلا يصير غصباً** فلا يضمن إلا بالتعدّي أو بالمنع عند طلبه لأن المنع تعدّ، وإنما يضمن ولد الظبية عنده لوجود المنع منه لأن الردّ إلى الحرم حق الشرع وهو مأمور به كما أخرجها فيكون متعدّياً بالامتناع عن الردّ حتى لو هلك قبل تمكنه من ردّه إلى الحرم لا يضمن لعدم المنع **على هذا أكثر مشايخنا** رحمهم الله/ [١٥٢/أ/٣] ولو قلنا بوجوب الضمان مطلقاً تمكن من الردّ أو لم يتمكن فهو ضمان إتلاف لأن الصيد كان في الحرم آمناً ببعده عن أيدي الناس وقد فوّت عليه الأمن بإثباته اليد عليه فتحققت الجناية عليه بذلك، ولهذ لو أخرج جماعة من المحرمين صيداً واحداً من الحرم يجب على كل واحد منهم جزاء كامل لتحقق الجناية منهم. ولو كان من باب الغصب لما وجب عليهم إلا قيمة واحدة يوضحه أنه يجب بالإعانة والإشارة والدلالة لإزالة إلا من فلان يجب بإثبات اليد عليه وهو فوقها جناية أولى وأحرى.

قال رحمه الله: (وما نقصت الجارية بالولادة مضمون ويجبر بولدها) أي إذا

سبعة وعشرين. **قوله: (أن تكون الزيادة متصلة)** كالسمن والجمال اهـ **قوله: (أو منفصلة)** كالولد والثمر والعقر واللبن والكسب اهـ **قوله: (فلا يصير غصباً)** أي فإذا لم يوجد حد الغصب في الزيادة لا يجب الضمان لأن الزيادة حصلت في يده بغير صنعه بإيجاد الله تعالى ولا صنع للغاصب في إحداث الولد فصار كما إذا هبت الريح على ثوب إنسان فالقته في حجر غيره فإنه لا يكون مضموناً عليه لأنه لم يوجد الصنع من جهته ولكنه يكون واجب الردّ إلى مالك الأصل حتى إذا فوّت الرد بالتعدي كالأكل والبيع ونحو ذلك أو بالمنع بعد الطلب يكون ضامناً اهـ إتقاني. **قوله: (على هذا أكثر مشايخنا)** وقال الإتقاني: إليه

ولدت الجارية ولداً ونقصت بالولادة كان النقصان مضموناً على الغاصب وإن كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد ويسقط ضمانه عن الغاصب وإن لم يكن وفاء به يسقط بحسابه، **وقال زفر والشافعي** رحمهما اللّه: لا يجبر النقصان بالولد لأن الولد ملكه فكيف يجبر ملكه بملكه فصار كولد الظبية المخرجة من الحرم وكما لو هلك الولد قبل الردّ أو هلكت الأم بالولادة أو غيره من الأسباب وكما لو جز صوف شاة غيره أو قطع قوائم شجر غيره فنبت مكانه غيره أو خصى عبد غيره فازدادت قيمته به أو علمه فأضناه التعليم وازدادت به قيمته فإنه يضمن الجزء الفائت ولا يجبر بالزيادة التي حصلت به وإن كان سبب النقصان والزيادة متحداً، ولنا أن سبب النقصان والزيادة واحد وهو الولادة لأنها أوجبت فوات جزء من مالية الأمّ وحدوث مالية الولد لأن الولد إنما صار مالاً بالانفصال وقبله لا يعتدّ به، ألا ترى أنه لا يجوز التصرف فيه بيعاً وهبة ونحوه فإذا صار مالاً به انعدم ظهور النقصان به فانتفى الضمان فصار كما إذا شهد الشهود بالبيع بمثل القيمة أو أكثر ثم رجعوا عن الشهادة لا يضمنون لأنهم أخلفوا بالشهادة قدر ما أتلفوا بها فلا يعدّ إتلافاً لاتحاد السبب كذا هذا وكما إذا قطعت يده عند الغاصب فردّه مع أرش اليد فإنه يجبر نقصانه بالأرش لما ذكرنا من اتحاد السبب لأن السبب الواحد لما أثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفاً عن النقصان، ولأن الواجب على الغاصب أن يردّ ما غصب وماليته كما غصبه من غير نقصان فإذا فعل ذلك برئ من الضمان، ألا ترى أنه لو غصب جارية سمينة فمرضت عنده وهزلت ثم تعافت وسمنت حتى عادت مثل ما كانت فردّها لا ضمان عليه ولو كان مطلق الفوات يوجب الضمان لضمن، وكذا إذا سقط سنها أو قلعه الغاصب فنبت مكانه أخرى فردّها سقط ضمانها عنه. وقولهما: كيف يجبر ملكه بملكه، قلنا: ليس هذا بجبر في الحقيقة وإنما هو اعتبار لملكه منفصلاً بعضه عن بعض بعد أن كان متحداً كما إذا غصب نقرة فضة فقطعها فإنه يردّهما ولا شيء عليه غيرهما إذا لم تنتقص بالقطع

ذهب أكثر مشايخنا اهـ **قوله: (وقال زفر والشافعي إلخ)** قال الإتقاني: والكلام مع الشافعي في هذه المسألة بناء على المسألة الأولى وهي أن زوائد المغصوب عندنا أمانة متصلة كانت أو منفصلة. وعنده مضمونة ثم لما كان الولد مضموناً عنده لم يجز أن ينجبر به نقصان الأم لأنه مشغول بضمان نفسه فلا يجوز أن يؤدّي به ضمان غيره لأن الشيء الواحد لا يتأدّى به ضمانان في حالة واحدة وبهذا الطريق أجمعت الأمّة في ولد الظبية إذا أخرجت من الحرم وانتقصت بالولادة أن الولد لا يجوز أن يكون جابراً نقصان الأم لأنه لما كان مضموناً بنفسه لا يجوز أن يؤدّي به ضمان غيره فأما زفر فإنه يسلم أن زوائد المغصوب أمانة ولكنه يمنع أن يكون النقصان منجبراً بالولد لأن الولد ملك المغصوب منه فلا يصلح أن يكون ملكه

وولد الظبية ممنوعة فإن نقصانها يجبر بولدها عندنا فلا يرد علينا، وكذا إذا ماتت الأمّ ممنوعة في رواية عن أبي حنيفة رحمه اللّه فإنه روي عنه أن الأمّ إذا ماتت وفي الولد وفاء بقيمتها برئ الغاصب بردّه عليه، وفي رواية عنه أنه يجبر بالولد قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الأمّ، وفي ظاهر الرواية عليه قيمتها يوم الغصب، وتخريجه أن الولادة ليست بسبب لموت الأمّ إذ لا تفضي إليه غالباً فيكون موتها بغير الولادة من العوارض وهي ترادف الآلام [وكبر][1] الولد وضيق المخرج فلم يتحد سبب النقصان والزيادة وكلامنا فيما إذا اتحد، وأما إذا مات الولد / قبل [١٥٢ ب/٣] الردّ فلأنه لم يحصل للمالك مالية المغصوب ولا بدّ منه لبراءة الغاصب، والخصاء ليس بزيادة لأنه غرض بعض الفسقة، ولهذا لو غصب العبد الخصي وهلك عنده لا تجب عليه قيمته خصياً وإنما تجب عليه قيمته غير خصي، وكذا لوردّه الغاصب بعدما خصاه لا يرجع على المالك بما زاد الخصاء ولو كانت الزيادة معتبرة لرجع عليه بالزيادة كما يرجع بما زاد الصبغ هكذا ذكروه، وهذا يشير إلى أنه يجب عليه ضمان ما نقص بالخصاء مع رده وإن زادت قيمته وهو مشكل فإن الغاصب إذا خصاه وازدادت قيمته به لا يجب عليه ضمان ما فات بالخصاء مع ردّ المخصي بل يخير المالك إن شاء ضمنه قيمته يوم غصبه وترك المخصي للغاصب وإن شاء أخذه ولا شيء له غيره ذكره في النهاية معزياً إلى التتمة وقاضيخان فكان الأقرب هنا أن يمنع فلا يلزمنا ولا اتحاد في السبب فيما عدا ذلك من المسائل لأن سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم وسبب الزيادة الفطنة من العبد وفهمه.

قال رحمه اللّه: (ولو زنى بمغصوبة فردّت فماتت بالولادة ضمن قيمتها ولا تضمن الحرة) وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه وقالا: لا تضمن الأمة أيضاً إلا نقصان الحبل لأن الردّ قد صح مع الحبل ولكنها معيبة بالحبل فيجب عليه نقصان العيب ثم هلاكها بعد ذلك حصل بسبب حادث في يد المالك فلا يبطل به الردّ ولا يضمن الغاصب إلا النقصان كما إذا حمت في يد الغاصب فردّها وماتت من تلك الحمى أو زنت عند الغاصب فردّها وجلدت بعد الردّ عند المالك وماتت من ذلك فإنه لا يضمن إلا نقصان عيب الزنا، وكذا المبيعة إذا سلمها إلى المشتري وهي حبلى ولم يعلم المشتري بالحبل وماتت من الولادة **لم يرجع المشتري على البائع بشيء من الثمن**

جابراً لملكه اهـ قوله: **(لم يرجع المشتري على البائع بشيء من الثمن)** أي ولكن يرجع

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

اتفاقاً، ولأبي حنيفة رحمه اللّه أنه لم يردّها كما أخذها لأنه أخذها ولم ينعقد فيها سبب التلف وردّها وفيها ذلك فلم يصح الردّ فصار كما إذا جنت جناية في يد الغاصب فقتلت بها أودفعت بها بعد الردّ فإنه يرجع بقيمتها على الغاصب كذا هذا. بخلاف الحرّة لأنها لا تضمن بالغصب حتى نقول: يبقى ضمان الغصب ويفسد به الردّ ولا يجب ردّها أصلاً فافترقا. وفي فصل الشراء لا يجب الردّ بل ابتداء التسليم كما وقع عليه العقد إن كان وقت العقد سليماً **فيجب عليه تسليم السليم** وإن كان معيباً يجب عليه تسليم المعيب، وبموتها بالولادة لا ينعدم التسليم وفي الغصب السلامة شرط لصحة الردّ فما لم يردّ مثل ما أخذها لا يعتدّ به فافترقا على أنه ممنوع فيجب على البائع ردّ الثمن كالاستحقاق، وفي فصل الحمى الموت يحصل بزوال القوي وإنها تزول بترادف الآلام فلم يكن الموت حاصلاً بسبب وجد في يد الغاصب فيجب عليه ضمان قدر ما كان عنده دون الزيادة.

قال رحمه اللّه: (**ومنافع الغصب** وخمر المسلم وخنزيره بالإتلاف) أي لا تضمن منافع المغصوب وخمر المسلم وخنزيره وهو معطوف على الحرة في قوله ولا

بنقصان الحبل اهـ إتقاني. وكتب ما نصه: قال الإتقاني: والجواب عن المسائل أما مسألة الشراء منعها بعض مشايخنا فقال: يرجع بجميع الثمن عند أبي حنيفة وسلم بعض مشايخنا وفرق بين مسألة الغصب ومسألة الشراء فقال في الغصب: الواجب نسخ فعله بالرد على الوجه الذي أخذ ولم يوجد ذلك حيث هلكت بسبب كان عند الغاصب فلا جرم وجبت عليه قيمتها وفي الشراء الواجب على البائع تسليم المبيع لا الرد والتردّد في كونه مفضياً إلى التلف أم لا يمنع صحة الردّ ولا يمنع صحة التسليم والقبض لأنه سلم المبيع كما وقع عليه العقد وهو أنه مال متقوّم وبموتها في النفاس لا ينعدم التسليم على الوجه الذي وجب عليه فلا يضمن الثمن اهـ **قوله**: (**فيجب عليه تسليم السليم**) ينافي قولهم مقتضى العقد السلامة ولهذا يرجع إذا اطلع على عيب بعد امتناع الردّ لا بصنعه اهـ قارئ الهداية. **قوله في المتن**: (**ومنافع الغصب**) قال في إشارات الأسرار: المنافع لا تضمن بالغصب سواء صرفها لنفسه أو عطلها على المالك. صورة المسألة رجل غصب عبداً فأمسكه شهراً حتى صار غاصباً للمنافع أو استعمله حتى صار مستهلكاً لها عندنا لا تضمن هذه المنافع. وعند الشافعي تضمن. وقال صدر الإسلام البزدوي في شرح الكافي: وليس على الغاصب في ركوب الدابة وسكنى الدار وهو مذهب علمائنا. وقال الشافعي: عليه الأجر وكذلك لو لم يركبها ولا سكنها ولكن حبسها أياماً ثم ردّها على صاحبها فلا أجر عليه عندنا اهـ. إتقاني. قال مشايخنا: هذا إذا لم يكن معداً للاستغلال فإن كان معداً يضمن المنافع بالغصب وإلا فلا وفي الفتاوى الكبرى منافع العقار الموقوفة مضمونة سواء كان معداً

تضمن الحرة، أما منافع المغصوب فالمذكور مذهبنا، وقال الشافعي رحمه الله: تضمن لأن المنفعة مال متقوّم مضمونة بالعقود كالأعيان لأن المال اسم لما تميل إليه النفس مخلوق لمصالحنا والمنافع بهذه الصفة، ألا ترى أنه يصلح صداقاً ولم يشرع ابتغاء النكاح إلا بالمال بالنص ولولا أنها مال لما صحت صداقاً، ولهذا جازت الإجارة من العبد التاجر ولولا أنها مال لما ملك لأنه لا يملك العقد بغير/ المال، وأوضح منه [١٥٣/ ٣] أن الأعيان إنما تصير مالاً باعتبار الانتفاع بها وما لا ينتفع به فليس بمال فإذا لم تصر الأعيان مالاً إلا باعتبارها فكيف تنعدم المالية فيها وهي متقومة بنفسها لأن التقوم عبارة عن العزة وهي عزيزة بنفسها عند الناس ولهذا يبدلون الأعيان لأجلها بل تقوّم الأعيان باعتبارها فيستحيل أن لا تكون هي متقوّمة، **ولنا أن عمر وعلياً رضي الله عنهما حكما بوجوب قيمة ولد المغرور** وحريته وردّ الجارية مع عقرها على المالك ولم يحكما بوجوب أجر منافع الجارية والأولاد مع علمها أن المستحق يطلب جميع حقه، وأن المغرور كان يستخدمها مع أولادها، ولو كان ذلك واجباً له لما سكتا عن بيانه لوجوبه عليهما، ولأن المنافع حدثت بفعله وكسبه والكسب للكاسب لقوله عليه الصلاة والسلام: «كل الناس أحق بكسبه فلا يضمن ملكه»(١)، ولأن الغصب إزالة يد المالك بإثبات اليد العادية ولا يتصوّر ذلك فيها لأنها أعراض لا تبقى زمانين فيستحيل غصبها، وكذا إتلافها لأنه لا يخلو أن يرد عليها الإتلاف قبل وجودها أو حال وجودها أو بعد وجودها وكل ذلك محال أما قبل وجودها فلأن إتلاف المعدوم لا يمكن، وأما حال وجودها فلأن الإتلاف إذا طرأ على الوجود رفعه فإذا قارنه منعه. وأما بعد وجودها فلأنها تنعدم كما وجدت فلا يتصوّر إتلاف المعدوم ولأنها لو كانت أموالاً مضمونة **لضمنت بالمنافع** لكونها مثلاً لها وهو أعدل فإذا لم تضمن بها **لا يمكن أن تضمن بالأعيان** لأن الأعراض ليست بمثل للأعيان لأن ما لا يبقى لا يكون مثلاً لما يبقى وضمان العدوان مشروط بالمماثلة **بالنص** والإجماع والإجارة أجيزت للضرورة أو لكونها برضا المتعاقدين وعند ذلك لا يشترط التساوي، ألا ترى أن بيع

للاستغلال أو لا نظرا للوقف، وفي المجتبى وأصحابنا المتأخرون يفتون بقول الشافعي في المستغلات والأوقاف وأموال اليتامى ويوجبون أجر منافعها على الغصبة اهـ معراج. **قوله: (ولنا أن عمر وعلياً حكما بوجوب قيمة ولد المغرور)** أي الذي وطئ أمة غيره معتمداً على ملك نكاح اهـ إتقاني. **قوله: (لضمنت بالمنافع)** أي ولا قائل بذلك اهـ إتقاني. **قوله: (لا يمكن أن تضمن بالأعيان)** أي كالدراهم والدنانير اهـ غاية. **قوله: (بالنص)** بقوله تعالى

---

(١) لم أعثر عليه.

الشيء بأضعاف قيمته يجوز ولا يجوز ذلك في ضمان العدوان فبطلت المقايسة فإذا لم يكن للمنفعة مثل لا يمكن القضاء ببدلها فيؤخر إلى دار الجزاء حتى يحكم اللّه له بمثله لأن عدم القضاء للعجز لا لعدم الحق واللّه على كل شيء قدير وبكل شيء عليم فصار بمنزلة لكمة لا أرش لها في الدنيا أو إيذاء حصل له من غيره وقوله مال متقوّم لا يسلم لأن المال عبارة عن إحراز الشيء وادخاره لوقت الحاجة في نوائب الدهر وذلك لا يتحقق في المنافع لما ذكرنا، والدليل عليه أنه يقال: فلأن متموّل إذا كان له مال موجود محرز مدّخر ولا يقال: فلان متموّل ولا مال له بالمأكول والمشروب وبكل ما يستعمله، ولهذا لا تعتبر المنافع من الثلث في حق المريض حتى جاز له إعارة جميع ماله، ولو كانت المنافع مالاً لما جاز إلا من الثلث، وجوازها مهراً باتفاقهما لأنها تصير مالاً بالتراضي، ولهذا جازت الإجارة من العبد التاجر وأحد الشريكين والمضارب والأب والوصي، وقوله: المال مخلوق لمصالحنا إلخ، قلنا: هو كذلك لكن بصفة الإحراز سمي مالاً والمنافع لا يتصور فيها ذلك لاستحالة بقائه على ما بينا، وأما خمر المسلم وخنزيره فلعدم تقوّمهما في حقه للنهي الوارد فيهما.

قال رحمه اللّه: **(وضمن لو كانا لذمي)** أي ضمن متلف الخمر والخنزير إن كانا

﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة: ١٩٤] اهـ **قوله في المتن: (وضمن لو كانا لذمي)** قال صدر الإسلام البزدوي في شرح الكافي: نصراني غصب من نصراني خمراً فهلكت عنده يضمن مثلها وكذلك لو استقرض ذمي من ذمي يصح ويجب مثلها وكذلك لو باع ذمي من ذمي خمراً يجوز البيع وكذلك لو أتلف خنزيراً على ذمي ذمي مثله يضمن قيمته وكذلك لو باع ذمي من ذمي خنزيراً يجوز بيعه وكذلك لو غصب مسلم من ذمي خمراً فهلكت عنده إلا أنه يضمن قيمتها ولا يضمن مثلها ولو أتلف مسلم على ذمي خنزيراً على قول أبي حنيفة لا يضمن شيئا وعلى قول أبي يوسف ومحمد يضمن قيمته وهذا كله عندنا لأن عندنا الخمر والخنزير مال متقوّم في حق أهل الذمة وأما عند الشافعي فلا ضمان في شيء من ذلك والبيع باطل لأنه ليس لهما تقوّم عنده في حق أهل الذمة كما في حق المسلمين اهـ إتقاني. ثم قال الإتقاني رحمه اللّه: وأما الخنزير إذا أتلفه المسلم فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة خلافاً لهما كذا ذكر الخلاف فخر الإسلام البزدوي في شرح الكافي: لأن الخنزير متقوّم في حقهم كالخمر فيضمنه كما يضمن الخمر إلا أن في الخمر وجبت القيمة وإن كانت من ذوات الأمثال لأن المسلم ممنوع عن تمليك الخمر فوجبت القيمة. وجه قول أبي حنيفة: أن قيمة الحيوان قائمة مقام الحيوان حتى إذا جاء بقيمته بعد الإتلاف يجبر على القبول كما إذا جاء بالحيوان فيكون أداء قيمة الخنزير كتسليم الخنزير والمسلم لا يملك تسليم الخنزير فلا يملك تسليم قيمته أيضاً بخلاف قيمة الخمر لأن القيمة

لذمي **وقال الشافعي رحمه الله: لا يضمنهما لذمي أيضاً**، وعلى هذا الخلاف إذا أتلفهما ذمي له أنهما غير متقومين في حق المسلم فوجب أن يكونا في حقهم، كذلك لأنهم أتباع لنا في الأحكام، قال عليه الصلاة والسلام: «فإذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم»[(١)]، وهذا يقتضي أن كل حق ثبت في حق المسلمين يثبت في حقهم لا أن حقهم يزيد على حق المسلمين، ولأن عقد الذمة خلف عن الإسلام فيثبت به مايثبت/ بالإسلام إذ الخلف لا يخالف الأصل فيسقط [١٥٣ب/٣] تقوّمهما في حقهم ولا يصح بيعهما كما لا يصح في حق المسلم، ولنا أنا أمرنا أن نتركهم وما يدينون، ألا ترى إلى قول عمر رضي الله عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما يمرّ به أهل الذمة من الخمور فقالوا: نعشرها فقال: لا تفعلوا وولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها فلولا أنها متقوّمة وبيعها جائز لهم لما أمرهم بذلك. ولأن الأمر بالاجتناب في قوله تعالى: ﴿فاجتنبوه﴾ [المائدة: ٩٠]، يتناول المسلم فانتسخ في حقه فبقي في حق الكافر على ما كان عليه من قبل على ما يعتقد لأن السيف والمحاجة موضوعان عنهم فتعذر الإلزام بخلاف الميتة والدم لأن أحداً لا يعتقد تموّلهما وبخلاف الربا لأنه مستثنى عن عقودهم لقوله عليه الصلاة والسلام: «ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد»[(٢)] ولأنه محرّم عليهم في دينهم، **قال الله تعالى: ﴿وأخذهم الربا وقد نهوا عنه﴾** [النساء: ١٦١]، وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي

ليست في معنى الخمر لأن الخمر من جملة ذوات الأمثال وقيمة ماله مثل ليست في معنى عينه شرعاً فلا يكون أداء القيمة كتمليك الخمر وهذا الذي ذكرنا من عدم الضمان في إتلاف المسلم الخنزير عند أبي حنيفة خلاف ما ذكره القدري في مختصره وفي شرحه لمختصر الكرخي حيث قال في شرحه: قال أصحابنا: إذا استهلك المسلم خمراً على ذمي ضمن قيمتها، وكذلك الخنزير ولم يذكر الخلاف فيه بين أصحابنا ولكن ما ذكره صدر الإسلام قياس قول أبي حنيفة الذي مرّ في كتاب النكاح قبيل باب نكاح الرقيق فيما إذا تزوّج الذمي ذمية على خمر أو خنزير ثم أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض فلها الخمر والخنزير إذا كانا عينين وإن كانا دينين فالجواب على التفصيل عند أبي حنيفة ففي الخمر تجب القيمة وفي الخنزير يجب مهر المثل. **قوله: (وقال الشافعي لا يضمنهما الذمي أيضاً)** احتج الشافعي بقوله تعالى: ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله﴾ [المائدة: ٤٩]، أي: بين أهل الذمة ووجه الاستدلال أن مما أنزل الله تعالى حرمة الخمر والخنزير فيجب الحكم عليهم بحرمتهما اهـ إتقاني. **قوله: (بخلاف الميتة)** ولكن هذا في الميتة التي ماتت حتف أنفها

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/٢٠٣) وقال غريب.

فأنا نقتله لأنا ما ضمنا لهم ترك التعرّض له لما فيه من الاستخفاف بالدين. وبخلاف متروك التسمية عامداً إذا كان لمن يبيحه من المسلمين لأن ولاية المحاجة والسيف ثابتة فيمكن إلزامه فلا يجب له على متلفه الضمان ولا على من اشتراه الثمن ولا ينعقد صحيحاً ثم المسلم إذا أتلف خمر الذمي يجب عليه قيمتها، وإن كانت من ذوات الأمثال لأن المسلم ممنوع عن تمليكه وتملكه إياها لما فيه من إعزازها بخلاف الذمي إذا استهلك خمر الذمي، حيث يجب عليه مثلها لقدرته عليه ولا يصار إلى القيمة إلا عند العجز **وهو قادر على تمليكها وتملكها** فلا يصار إلى القيمة لأن المثل أعدل، ولو أسلم الطالب بعد ما قضى له بمثلها فلا شيء له على المطلوب لأن الخمر في حقه ليست بمتقوّمة، فكان بإسلامه مبرئاً له عما كان في ذمّته من الخمر، وكذا لو أسلما لأن في إسلامهما إسلام الطالب، ولو أسلم المطلوب وحده أو أسلم المطلوب ثم أسلم الطالب بعده، قال أبو يوسف رحمه الله: لا يجب عليه شيء وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله، وقال محمد رحمه الله: يجب عليه قيمة الخمر وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لأن الإسلام الطارئ بعد تقرّر السبب كالإسلام المقارن للسبب وهو لا يمنع وجوب قيمة الخمر على المسلم على ما بينا فكذا الطارئ، ولأبي يوسف رحمه الله أن قبض الخمر المستحقة في الذمّة قد تعذر استيفاؤها بسبب الإسلام ولا يمكن إيجاب قيمتها أيضاً لأنها لو وجبت لا يخلو إمّا أن تجب باعتبار أصل السبب وذلك لا يمكن لأن ذلك السبب أوجب عين الخمر دون القيمة، ولم تكن القيمة واجبة في ذلك الوقت أو تجب باعتبار أنها بدل عن الخمر التي في الذمة ولا يمكن ذلك أيضاً لأن من شرط البدلية تمليك ما في الذمة.

لأن ذبيحة المجوسي ومخنوقته وموقوذته مال يجوز بيعها عند أبي يوسف خلافاً لمحمد وقد عرف ذلك في المختلف فعلى قول أبي يوسف ينبغي أن يجب الضمان، ألا ترى إلى ما قال القدوري في كتاب البيوع من التقريب وذبيحة المجوسي يجوز بيعها من كافر وقال محمد لا يجوز. لنا أنه مال لهم أقروا على الانتفاع به كالخمر ولمحمد أن ذبائحهم ميتة فصار كما لو مات حتف أنفه اهـ إتقاني. **قوله: (قال الله تعالى وأخذهم الربا وقد نهوا عنه)** وروى أصحابنا في كتبهم أن البني ﷺ كتب في عهودهم «ومن أربى فلا عهد له» اهـ إتقاني. **قوله: (وهو قادر على تمليكها وتملكها)** قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي: فيمن أتلف صليباً على نصراني ضمن قيمته صليباً لأنا أقررناهم على هذا الصنيع فصار كالخمر التي هم المقرّون عليها، وقد قال أصحابنا: الذميّ يمنع من كل شيء يمنع منه المسلم إلا شرب الخمر وأكل الخنزير لأنا استثنيناه بالأمان، ولو غنو وضربوا بالعيدان منعناهم من ذلك كله كما نمنع المسلمين لأنه لم يستثن بعقد الأمان، كذا ذكر القدوري

والذمي لا يقدر على تمليك الخمر من المسلم كما أن المسلم لا يقدر أن يتملكها فلانعدام الشرط تعذر استيفاء القيمة وهو نظير ما لو كسر قلب غيره ثم تلف المكسور في يد صاحبه ليس لصاحبه أن يضمن الكاسر شيئاً لأن شرط تضمين قيمته تمليك المكسور منه، وذلك قد فات بخلاف الإسلام المقارن لأن وجوب القيمة هناك باعتبار أصل السبب وهو الغصب والاستهلاك فإنه موجوب للضمان باعتبار الجناية من غير أن يصير موجباً للملك في المحل كما في غصب المدبر.

قال رحمه الله: (وإن غصب خمراً من مسلم فخلل أو جلد ميتة فدبغ فللمالك أخذهما وردّ ما زاد الدباغ) أي يأخذ الخل بغير شيء والجلد المدبوغ يأخذه ويردّ عليه ما زاد الدباغ فيه والمراد بالأوّل إذا خللها بالنقل من الشمس إلى الظل ومن الظل إلى الشمس وبالثاني إذا دبغه بماله قيمة كالعفص والقرظ [بالظاء المشالة][(١)] ونحو ذلك والفرق أن التخليل تطهير لها بمنزلة غسل الثوب النجس فتبقى على ملك المغصوب منه لأن المالية لم تثبت بفعله، وبهذا الدباغ/ اتصل بالجلد مال متقوّم [١٥٤/أ/٣] كالصبغ في الثوب فلهذا يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطى ما زاد الدباغ فيه. وطريق معرفته أن ينظر إلى قيمة الجلد ذكياً غير مدبوغ وإلى قيمته مدبوغاً فيضمن فضل ما بينهما، وللغاصب أن يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع بالثمن والرهن بالدين والعبد الآبق بالجعل.

قال رحمه الله: (وإن أتلفهما ضمن الخل فقط) أي إن أتلف الغاصب الخل والجلد المدبوغ في يده قبل أن يردّهما إلى صاحبهما ضمن الخل ولا يضمن الجلد المدبوغ وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا رحمهما الله تعالى: يضمن قيمة الجلد أيضاً مدبوغاً ويعطى ما زاد الدباغ فيه لأن ملكه باق فيه ولهذا يأخذه وهو مال متقوّم فيضمنه له مدبوغاً بالاستهلاك كما في مسألة الخل، ثم يعطيه ما زاد الدباغ فيه كما إذا غصب ثوباً فصبغه ثم استهلكه فإن الغاصب فيه يضمن قيمة الثوب مصبوغاً ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه. وهذا لأنه واجب الردّ عليه فإذا فوّته عليه وجب عليه قيمته خلفاً عنه كما في الوديعة والمستعار **بخلاف الهلاك** لأنه لم يوجد

في شرحه اهـ **قوله: (بخلاف الهلاك)** قال الإتقاني: فإن هلك في يد الغاصب فلا ضمان عليه بالاتفاق لأنه لم يجب عليه الضمان بالهلاك لأنه لم يهلك بفعله ولم يكن له جناية كذا قال الفقيه أبو الليث فإذا استهلكهما، قال في الجامع الصغير: يضمن الخل ولا يضمن الجلد، وقال أبو يوسف ومحمد: يضمن الجلد مدبوغاً ويعطيه وما زاد الدباغ فيه أما مسألة الخل

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

منه التفويت **وكونه غير مضمون عليه لا ينافي** وجوب ضمان الجناية والاستهلاك جناية فيضمنه به كما في الوديعة والعارية والمستأجرة، وكذا لو دبغه بشيء لا قيمة له يضمنه بالاستهلاك دون الهلاك فتبين بهذا أن الهلاك يفارق الاستهلاك. وقولهما يعطى ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس بأن قضى لأحدهما بالدراهم وللآخر بالدنانير وأما عند اتحاد الجنس فيحط عن الغاصب قدر ما زاد الدباغ فيه ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الأخذ منه ذلك القدر ثم الردّ عليه، **ولأبي حنيفة رحمه الله: أن ماليته** وتقوّمه حصل بفعل الغاصب وفعله متقوم لاستعماله مالاً متقوماً فيه، ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان حقاً وله الجلد تبع لصنعة الغاصب في حق التقوّم ثم الأصل وهو الصنعة لا يجب عليه ضمانه بالإتلاف فكذا التبع **فصار كما إذا هلك من غير صنعه** بخلاف وجوب الردّ عليه حال قيامه لأنه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك **لثبوته قبلها** وإن كان غير متقوم بخلاف ما إذا دبغه بشيء لا قيمة له لأن الصنعة فيه لم تبق حقاً للغاصب بعد الاتصال بالجلد ولهذا لا يكون له حبسه ولا الرجوع ببدلها. وبخلاف الذكي والثوب لأن التقوم فيهما كان ثابتاً قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعاً للصبغ، وبخلاف المستعار ونحوه لأنه لم يتصل له به حق بالكلية فضلاً أن تكون المالية حصلت بفعله وغير المضمون إنما يضمن بالجناية إذا لم يكن مستفاداً من جهة الجاني بعوض يستحقه عليه، وأما إذا كان مستفاداً من جهته به فلا ضمان عليه ألا ترى أن المشتري لما كان مالكاً للمبيع من جهة البائع بثمن يجب عليه له لا يجب على البائع الضمان باستهلاك المبيع. وهنا مالية المغصوب وتقوّمه حصل بفعل الغاصب

فالمراد منها الوجه الأوّل من وجوه التخليل وهو ما إذا خللها من غير خلط لأنها استحالت مالاً على ملك المغصوب منه من غير زيادة مال من جهة الغاصب فإذا استهلكها الغاصب ضمن قيمتها كما لو لم يتقدم الغصب ثم لم يذكر محمد في الجامع الصغير ماذا يضمن قالوا في شروح الجامع الصغير: فالظاهر أنه يضمن المثل لأنه مثلي إلا أن يكون من نوع لا يوجد له مثل في تلك المواضع فتجب قيمته ونص الكرخي في مختصره على وجوب المثل فقال في رجل غصب مسلماً خمراً فجعلها خلاً فاستهلكها فقال: عليه خل مثله اهـ **قوله: (وكونه غير مضمون عليه لا ينافي إلخ)** يعني أن المستعار واجب الردّ فإذا فوّت المستعير الردّ باستهلاكه تجب عليه القيمة وإن فات فلا فكذا هنا الجلد واجب الردّ فإذا فوّته وجب عليه قيمته وإذا هلك فلا اهـ غاية. **قوله: (ولأبي حنيفة أن ماليته إلخ)** قال الإتقاني: فأما إذا كان الجنس واحد فلا فائدة أن يضمن الغاصب خمسة عشر ويعطيه خمسة اهـ **قوله: (فصار كما إذا هلك من غير صنعه)** أي لا يضمن بالاتفاق اهـ إتقاني. **قوله:**

بعوض يجب له على المالك فلا يجب عليه ضمانه بالاستهلاك، حتى لو حدثت المالية بغير عوض يستحقها عليه يضمنه بالاستهلاك كما في مسألة تخليل الخمر والدبغ بشيء غير متقوم، ولو كان قائماً فأراد المالك أن يتركه على الغاصب ويضمنه قيمته فيما إذا دبغه بشيء متقوّم ليس له ذلك بالاتفاق لأن الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب **لأن للثوب قيمة**. وقيل: عند أبي يوسف ومحمد رحمهما اللّه له ذلك فيضمنه لأن الغاصب صار عاجزاً عن الردّ بتركه عليه فصار كالاستهلاك وفيه يضمن الغاصب عندهما، ثم قيل: يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك، وقيل: قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس/ [١٥٤ب/٣] فهو لمالكه مجاناً **لأنه بمنزلة غسل الثوب، ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغاً**، وقيل: طاهراً غير مدبوغ لأن وصف الدباغة هو الذي حصله فلا يضمنه والأكثرون على الأوّل ووجهه أن صفة الدباغة تابعة للجلد وهي غير معتبرة منفردة عن الجلد. ولهذا لا يرجع بها على المالك عند دفع الجلد إليه فإذا صار الجلد مضموناً عليه بالاستهلاك فكذا تبعه بخلاف ما إذا دبغه بشيء متقوم، ولو جعل الغاصب الجلد فرواً أو جراباً أو رزقاً لم يكن للمغصوب منه عليه سبيل لأنه تبدل الاسم والمعنى بفعل الغاصب وبه يملكه على ما بينا. ثم إن كان الجلد ذكياً وجب عليه قيمته يوم الغصب وإن كان جلد ميتة فلا شيء عليه هكذا ذكره في النهاية من غير تفصيل ولا خلاف معزياً إلى الإيضاح والذخيرة، وينبغي أن يكون على الخلاف والتفصيل الذي تقدّم في الاستهلاك لأنه استهلاك معنى، **ولو خلل الخمر بإلقاء الملح فيه** قيل: عند أبي حنيفة رحمه اللّه صار ملكاً للغاصب ولا شيء عليه لأنه بالخلط

(**لثبوته قبلها**) أي لثبوت الملك قبل الصنعة اهـ **قوله**: (**لأن للثوب قيمة**) أي حتى لو غصبه جلداً ذكياً غير مدبوغ كان لصاحب الجلد أن يضمنه اهـ إتقاني. وكتب على قوله لأن للثوب قيمة ما نصه أي قبل الصبغ اهـ **قوله**: (**لأنه بمنزلة غسل الثوب**) قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي: وهذا إذا أخذ الميتة من منزل صاحبها فدبغ جلدها فأما إذا ألقى صاحب الميتة الميتة في الطريق فأخذ رجل جلدها فدبغه فقد قالوا: أنه لا سبيل له على الجلد لأن إلقاءها إباحة لأخذها فلا يثبت له الرجوع كإلقاء النوى اهـ إتقاني. **قوله**: (**ولو استهلكه الغاصب**) أي بعد أن دبغه بما لا قيمة له اهـ **قوله**: (**يضمن قيمته مدبوغاً**) أي بالاتفاق، ولكن اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: يضمن قيمته مدبوغاً، وقال بعضهم: طاهراً غير مدبوغ اهـ إتقاني. وكتب ما نصه: وإليه ذهب فخر الإسلام اهـ إتقاني. **قوله**: (**ولو خلل الخمر بإلقاء الملح فيه**) قال الإتقاني: وأما إذا خللها بملح ألقاه فيها وهو الوجه الثاني، **قال فخر الإسلام في شرحه**: فعلى قياس قول أبي يوسف ومحمد يأخذه المالك ويعطيه

بماله استهلكه لأن الخلط استهلاك على ما عرف في موضعه فصار كالجلد إذا استهلكه بعد الدباغ باتخاذه الفرو أو بغيره، وعندهما أخذه المالك وأعطاه ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد وصبغ الثوب، ومعناه أن يعطيه مثل وزن الملح من الخل هكذا ذكروه، كأنهم اعتبروا الملح مائعاً لأنه يذوب فيكون اختلاط المائع بالمائع فيشتركان عندهما ولو أردا المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما ذكرنا في دبغ الجلد من أنه ليس له ذلك بالاتفاق، أو عند أبي حنيفة رحمه اللّه وحده وعندهما له ذلك وقد بينا وجهه، **ولو استهلكه** لا يضمنه عند أبي حنيفة رحمه اللّه خلافاً لهما، وهو مبني على ما بينا في دبغ الجلد وقد ذكرنا الوجه فيه من الجانبين. ولو خللها بصب الخل فيها قيل: تكون للغاصب بغير شيء عند أبي حنيفة رحمه اللّه سواء صارت خلاً من ساعتها أو بمرور الزمان عليها لأن الخلط استهلاك عنده، واستهلاك الخمر لا يوجب الضمان، وعندهما إن صارت خلاً من ساعتها فكما قال أبو حنيفة رحمه اللّه لأنه استهلاك، وإن صارت بمرور الزمان كان الخل بينهما على قدر حقهما كيلاً لأنه لم يستهلك الخمر فيصير في التقدير كأنه خلط الخل بالخل، والخلط ليس باستهلاك عند محمد رحمه اللّه وإن كان مائعاً لأن الجنس لا يهلك بجنسه، **وقيل: ظاهراً الجواب** فيها أنه يقسم بينهما على قدر حقهما سواء صارت خلاًمن ساعتها أو بعد حين أما عندهما فلا يشكل لأن الخلط ليس باستهلاك وكذلك عند أبي حنيفة رحمه اللّه لأن الخلط إنما يوجب زوال الملك إذا كان يوجب الضمان، وهنا قد تعذر وجوب الضمان لأن خمر المسلم لا يضمن بالإتلاف فصار كما إذا اختلط بنفسه من غير صنعه، **ولو استهلكه** الغاصب في هذه الرواية ينفي أن يجب عليه الضمان إجماعاً ذكره في النهاية معزياً إلى قاضيخان عن الحلواني.

قال رحمه اللّه: (ومن كسر معزفاً أو أراق سكراً أو منصفاً ضمن وصح بيع هذه الأشياء) وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه، **وقالا: لا يضمنها** ولا يجوز بيعها لأنها

الغاصب ما زاد الملح فيه بمنزلة دباغ الجلد وصبغ الثوب وإن أراد تركه وتضمينه لم يكن له حق التضمين في رواية. وفي رواية له ذلك قياساً على جلد الميتة على ما يجيء بعد هذا، وأما عند أبي حنيفة رحمه اللّه فإن ذلك صار ملكاً للغاصب ولا شيء عليه وهكذا ذكر فخر الإسلام ومن وافقه. ومن مشايخنا من جعل الجواب في الملح على التفصيل فإن كان يسيراً لا قيمة له فحكمه حكم التخليل بغير شيء كالتشميس وإن ألقى فيها ملحاً كثيراً يأخذها المالك عندهم جميعاً ويعطي الغاصب ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد وصبغ الثوب كذا ذكر فخر الدين قاضيخان في شرحه اهـ إتقاني. **قوله: (ولو استهلكه)** أي استهلك الخمر الذي جعله خلاً بإلقاء الملح فيه اهـ إتقاني. **قوله: (وقيل ظاهر الجواب إلخ)**

معدّة للمعصية فيسقط تقوّمها كالخمر، ولأنه فعله بإذن الشرع لقوله عليه الصلاة والسلام: «بعثت بكسر المزامير وقتل الخنازير»(١)، ولقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا رأى أحدكم منكراً فلينكر بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه **وذلك أضعف الإيمان**» والكسر هو الإنكار باليد، ولهذا لو فعله بأمر أولي الأمر كالإمام لا يضمن فبأمر الشرع أولى، **ولأبي حنيفة رحمه الله أنه أتلف مالاً** ينتفع به من وجه آخر سوى اللهو فلا تبطل قيمته لأجل اللهو كاستهلاك الأمة المغنية لأن الفساد مضاف إلى فعل فاعل مختار، وجواز البيع ووجوب الضمان مبنيان على المالية وقد وجد. والأمر بالمعروف باليد إلى أولي الأمر لقدرتهم عليه/ [١٥٥/أ/٣] وليس لغيرهم إلا باللسان على أنه يحصل بدون الإتلاف بالمنع بالأخذ منه، ثم يضمن قيمتها صالحة لغير اللهو كما في الأمة المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصيّ وتجب قيمة السكر والمنصف لا المثل لأن المسلم ممنوع عن تملك عينه وإن جاز فعله **بخلاف الصليب** حيث يضمن قيمته صليباً لأنه مال متقوّم في حقهم وقد أمرنا بأن نتركهم وما يدينون، ثم قيل: الخلاف في الدف والطبل اللذين يضربان للهو، **وأما الدف والطبل اللذان يضربان** في العرس أو الغزو فيضمن بالاتفاق، ولو شق

قائله شمس الأئمة الحلواني صرح به الإتقاني اهـ **قوله**: (**وقالا لا يضمنها**) قال الإتقاني: وجه قولهما وهو الاستحسان اهـ **قوله**: (**وذلك أضعف الإيمان**) قال الإتقاني: والأوّل للأمراء، والثاني للعلماء، والثالث للعوام اهـ انظر ما يأتي في الصفحة الآتية في الشرح اهـ **قوله**: (**لأبي حنيفة أنه أتلف مالاً إلخ**) قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي قال أبو حنيفة: إذا كسر رجل على رجل بربطاً أو طبلاً ضمن قيمته خشباً منحوتاً، وقال في المنتقي عن أبي حنيفة: قيمته خشباً مخلعاً إنما الذي يحرم منه التأليف، وقالا: لا ضمان عليه إلى هنا لفظ القدوري وقال الفقيه أبو الليث: كانوا يقولون أن معنى قول أبي حنيفة أنه يضمن قيمته أن لو اشترى لشيء آخر سوى اللهو فينظر لو أن إنساناً أراد أن يشتريه ليجعله وعاء للملح أو غير ذلك بكم يشتري فيضمن قيمته بذلك المقدار. وقال فخر الدين قاضيخان على قول أبي حنيفة: يضمن قيمتها صالحة لغير المعصية، ففي الدف يضمن قيمته دفاً يوضع القطن فيه، وفي البربط يضمن قيمته قصعة يجعل فيها الثريد ونحو ذلك اهـ إتقاني. وكتب ما نصه وهو القياس اهـ غاية. **قوله**: (**بخلاف الصليب**) أي الذي للنصراني إذا أتلفه المسلم اهـ **قوله**: (**وأما الدف والطبل اللذان يضربان إلخ**) قال الإمام العتابي في شرح الجامع الصغير: ولو كان طبل الغزاة أو طبل الصيد أو دف يلعب به الصبية في البيت يضمن بالإتلاف اهـ إتقاني. قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير: روي عن أبي يوسف أنه حكى عن

---

(١) تقدم تخريجه.

زقا فيه خمر يضمن عندهما لإمكان الإراقة بدونه. وعند أبي يوسف لا يضمن لأنه قد لا يتيسر الإراقة إلا به، وذكر في النهاية أن الدنان لا تضمن بالكسر **إن كان بإذن الإمام**، والفتوى في زماننا على قولهما لكثرة الفساد فيما بين الناس، وفي النهاية وذكر الصدر الشهيد في باب العدوى والأعداء من أدب القاضي رواية عن أصحابنا رحمهم اللّه أنه يهدم البيت على من اعتاد الفسق وأنوع الفساد حتى قالوا أيضاً: لا بأس بالهجوم على بيت المفسدين، وقيل: يراق العصير أيضاً قبل أن يشتدّ ويقذف بالزبد على ما اعتاد الفسق، وقد روي عن ابن عمر رضي اللّه عنهما: «أنه أحرق البيت على الثقفي حين سمع شرّاباً في بيته»(١) وقد هجم عمر رضي اللّه عنه «على نائحة في منزلها ثم ضربها بالدرة حتى سقط خمارها فقيل له: يا أمير المؤمنين قد سقط خمارها فقال: إنه لا حرمة لها»، وتكلموا في قوله لا حرمة لها قيل: معناه أنها لما اشتغلت بما لا يحل في الشرع فقد أسقطت بما صنعت حرمتها والتحقت بالإماء، وروى أن

شريح أن رجلين اختصما إليه في طنبور فلم يلتفت إليهما حتى قاما من عنده قال أبو يوسف: لو كنت أنا لقضيت بينهما فإن كانت خصومتهما في ذلك الشيء وهو في يد أحدهما أو في أيديهما كسرته وعزرتهما ولو كانت خصومتهما بأن أحدهما كسره والآخر يطلب الضمان جزيت الذي كسر أجراً وعزرت الآخر. وروي عن عبداللّه بن عمر «أنه رأى في يد بعض الناس شيئاً من المعازف فكسره في رأسه»(٢) ثم قال الفقيه أبو الليث: وهذا الذي حكى أن أبا يوسف ومحمداً قالا: إنه لا ضمان عليه في الدف والطبل إذا كان للهو وأما إذا كان طبل الغزاة أو الصيادين ينبغي أن يضمن. وكذلك الدف إذا لم يكن للهو ينبغي أن يضمن إذا كان مثل ذلك يجوز ضربه في العرس اهـ إتقاني. (فرع) قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي قال محمد: إذا أحرق الرجل باباً منحوتاً عليه تماثيل منقوشة ضمن قيمته غير منقوش فإن كان صاحبه قطع رؤوس التماثيل قبل ذلك ضمن قيمته منقوشاً وذلك لأن نقش التماثيل معصية فلا يجوز أن يتقوّم في الضمان كما لا يتقوم الغناء في الجارية المغنية فإذا قطع رؤوس التماثيل فذلك نقش غير ممنوع منه فيقوّم على الغاصب. وقال فيمن أحرق بساطاً فيه تصاوير رجال ضمنته مصوّراً لأن التماثيل في البساط ليست بمحرّمة، ألا ترى أن البساط يوطأ وإذا لم تكن محرّمة ضمنتها. وقال: فيمن هدم بيتاً مصوراً بالأصباغ تماثيل ضمنته قيمة البيت وأصباغه غير مصوّر لأن التماثيل في البيت منهي عنها كذا ذكر القدوري في شرحه اهـ إتقاني رحمه اللّه. **قوله: (إن كان بإذن الإمام)** يعني لما كان الأمر بالمعروف باليد للأمراء لم يلزم الضمان على الكاسر بإذنهم اهـ

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤ / ٣١١).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه في البيوع باب الشفعة بلفظ «إذا مشت الأرض وحُدّت فلا شفعة فيها».

الفقيه أبا بكر البلخي خرج على بعض نهر وكان النساء على شطه كاشفات الرؤوس والذراع فقيل له: كيف تفعل هذا فقال: لا حرمة لهن إنما الشك في إيمانهن كأنهن حربيات. وإنما قال ذلك استدلالاً بما روي عن عمر رضي اللّه عنه. **ثم الأمر بالمعروف** فرض إن كان يغلب على ظنه أنه يقبل منه ولا يسعه تركه ولو علم أنه يهان بذلك أو يضرب وهو لا يصبر على ذلك أو تقع الفتن فتركه أفضل. ولو علم أنه يصبر على الضرب والضرر ولم يصل إلى غيره بذلك ضرر فلا بأس به وهو مجاهد بذلك ولو علم منهم أنهم لا يقبلون منه ولا يخاف منهم ضرباً ولا شتماً فهو بالخيار والأمر أفضل.

قال رحمه اللّه: (ومن غصب أمّ ولد أو مدبرة فماتت ضمن قيمة المدبرة لا أمّ الولد) وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه، وقالا: يضمن أمّ الولد أيضاً لأنها متقوّمة عندهما كالمدبرة وعنده غير متقوّمة بخلاف المدبرة، وقد ذكرناه ووجهه من الجانبين في كتاب العتق واللّه أعلم بالصواب.

غاية. وكتب ما نصه عزاه الإتقاني إلى الفتاوى الصغرى في آخر كتاب الجنايات اهـ **قوله: (ثم الأمر بالمعروف)** انظر الصفحة السابقة في الشرح اهـ

كتاب الشفعة

وهي في اللغة مأخوذة من الشفع وهو الضم ضدّ الوتر ومنه شفاعة النبي ﷺ للمذنبين لأنه يضمهم بها إلى الفائزين، يقال: شفع الرجل شفعاً إذا كان فرداً فصار له ثان، والشفيع فيما نحن فيه يضم المأخوذ إلى ملكه فلذلك سمي شفعة.

قال رحمه اللّه: (**هي تملك البقعة** جبراً على المشتري بما قام عليه) هذا في الشرع، ومعناه اللغوي موجود فيه وهو الضم وزيد عليه أوصاف من التملك للبقعة على وجه الجبر **وسببها اتصال ملك الشفيع** بالمشتري لأنها تجب لدفع ضرر الدخيل عنه على الدوام بسبب سوء المعاشرة والمعاملة، من حيث إعلاء الجدار وإيقاد النار ومنع ضوء النهار وإثارة الغبار **وإيقاف الدواب والصغار** لا سيما إذا كان يضادّه كما قيل أضيق السجون معاشرة الأضدّاد. وشرطها أن يكون المحل عقاراً **سفلاً كان/ أو علواً** [١٥٥ب/٣]

كتاب الشفعة

ذكر كتاب الشفعة بعد كتاب الغصب لمناسبة بينهما لأن في كل واحد منهما تملك مال الإنسان بغير رضاه وفرقهما أن الشفعة مشروع والغصب غير مشروع بل هو عدوان محض وكان القياس أن يقدّم كتاب الشفعة لشرعيتها ولكن قدّم الغصب لكثرة الحاجة إلى معرفته لأنه يقع كثيراً في المعاملات كالبياعات والإجارات والشركات والمضاربات والمزارعات وغيرها لا سيما هذا الزمان فإنه زمان الظلم والحيف والتعدي وقد أحسن من قال:

الظلم في خلق النفوس فإن تجد ... ذا عفّة فلعلة لا يظلم

اهـ إتقاني رحمه اللّه تعالى. **قوله في المتن: (هي تملك البقعة إلخ)** قال **الإتقاني**: ثم الشفعة عبارة عن حق التملك في العقار لدفع ضرر الجوار اهـ **قوله: (وسببها: اتصال ملك الشفيع إلخ)** وقيل سببها البيع كما سيأتي قبيل قوله وتستقر بالإشهاد اهـ وكتب ما نصه: قال الإتقاني: وسبب الشفعة أحد الأشياء الثلاثة الشركة في البقعة والشركة في الحقوق والجوار على سبيل الملاصقة. وعند الشافعي لا تستحق بالجوار، وسيجئ بيان الخلاف اهـ وكتب أيضاً ما نصه: والسبب فيه أصل الشركة لا قدرها وأصل الجوار لا قدره حتى لو كان للدار شريك واحد أو جار واحد أخذ كل الدار بالشفعة كثر شريكه وجواره أو أقلّ اهـ بدائع. **قوله: (وإيقاف الدواب والصغار)** فإن قلت في المملوك بالإرث والهبة والوصية لا تثبت الشفعة فتنتقض علتكم. قلنا إنما لا تثبت في هذه الصور لوجهين أحدهما أن هذه

احتمل القسمة أولاً. وأن يكون العقد عقد معاوضة مال بمال. وركنها أخذ الشفيع من أحد المتعاقدين عند وجود سببها وشرطها، وحكمها جواز الطلب عند تحقق السبب. وصفتها أن الأخذ بها بمنزلة شراء مبتدأ حتى يثبت بها ما يثبت بالشراء نحو الردّ بخيار الرؤية والعيب.

قال رحمه اللّه: (وتجب للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق إن كان خاصاً ثم للجار الملاصق) لما روى جابر أن النبي ﷺ «قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك وإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به»[١] رواه مسلم والنسائي وأبو داود. وعن عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ «قضى بالشفعة بين الشركاء في الأرضين والدور»[٢] رواه عبداللّه بن أحمد في المسند. وقال عليه الصلاة والسلام: «الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً»[٣] رواه أبو داود وأحمد والدار قطني وابن ماجه. وقال عليه الصلاة والسلام: «جار الدار أحق بالدار من غيره»[٤] رواه أحمد وأبو داود والترمذي وصححه. **وقال عليه الصلاة والسلام: «الجار أحق بسقبه** ما كان»[٥] رواه أحمد والنسائي وابن ماجه.

الأسباب لا يكثر وجودها فلا حاجة إلى إثبات حق الشفعة لدفع الضرر الحاصل بها بخلاف البيع فإنه يكثر وجوده. والثاني: لو ثبتت الشفعة بهذه الأشياء إما أن تثبت بعوض أو لا بعوض. والثاني ليس بمشروع في الشفعة. والأوّل لا يمكن لأن حق الشفعة إنما ثبت في الشرع بالتملك بمثل الثمن الذي اشتراه أو بقيمته كما إذا اشترى داراً بعبد يأخذها بقيمه العبد وفي هذه المواضع لم يملك الدار بثمن فكيف يأخذها به أو بقيمته، ألا ترى أن الخلطة سبب الشفعة بالإتفاق ومع هذالا تثبت الشفعة بالخلط بهذه الأشياء اهـ إتقاني رحمه اللّه. **قوله: (سفلاً كان أو علواً)** إذْ الشفعة لا تجب في المنقولات قصداً بل تثبت تبعاً للعقار اهـ معراج. **قوله: (وأن يكون العقد عقد معاوضة)** أي ومن شرطها طلب الشفيع اهـ إتقاني. **قوله: (وقال ﷺ «الجار أحق بسقبه» إلخ)** والسقب القرب والمراد منه الشفعة وتجوز

---

(١) أخرجه مسلم في المساقاة (١٦٠٨)، والنسائي في البيوع (٤٦٤٦)، وأبو داود في البيوع (٣٥١٣).

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٢٢٢٧٢).

(٣) أخرجه أبو داود في البيوع (٣٥١٨)، وان ماجه في البيوع (٢٤٩٤)، وأحمد في مسنده (١٣٨٤١).

(٤) أخرجه الترمذي في الأحكام (١٣٦٨)، وأبو داود في البيوع (٣٥١٧)، وأحمد في مسنده (١٨٩٦٥) واللفظ له.

(٥) أخرجه النسائي في البيوع (٤٧٠٣)، وأبو داود في البيوع (٣٥١٦)، وابن ماجه في الأحكام (٢٤٩٥)، وأحمد في مسنده (١٨٩٦٧) واللفظ له.

وإنما وجبت مرتبة على الترتيب الذي ذكره هنا لأنها وجبت لدفع الضرر الدائم الذي يلحقه من جهته على ما بينا. فكل ما كان أكثر اتصالاً كان أخص بالضرر وأشد تعباً معه فكان أحق بها لقوّة الموجب لها فليس للأضعف أن يأخذ مع وجود الأقوى إلا إذا ترك فحينئذ يأخذ إذا أشهد بأنه يطلبها عند علمه بالبيع وإن لم يشهد عند ذلك سقط حقه، وعن أبي يوسف رحمه اللّه أنه لا يأخذ وإن ترك لأنه محجوب به، قلنا: تحقق السبب في حقه وإنما قدّم عليه غيره لقوّته فإذا ترك كان له أن يأخذ وهو نظير دين الصحة مع دين المرض، **وقال الشافعي رحمه اللّه: لا شفعة بالجوار** لقول جابر رضي اللّه عنه أنه عليه الصلاة والسلام: «قضى بالشفعة في كل مال لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»[1] رواه البخاري. وقال عليه الصلاة والسلام: «إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»[2] رواه الترمذي وصححه. وقال عليه الصلاة والسلام: «إذا قسمت الدار وحدّدت فلا شفعة»[3] رواه أبو داود وابن ماجه بمعناه. **ولأن الشفعة تثبت على خلاف القياس** كيلا يلزمه مؤنة القسمة وهذا المعنى لا يتحقق في الجار لأنه لا يقاسم، ولهذا لا تجب عنده في المشترك إذا كان لا يحتمل

كتابته بالسين والصاد جميعاً كالصراط يقال: دار فلان بسقب دار فلان أي بقرب منها وأبيات القوم متساقبة أي متقاربة وسقبت الدار وأسقبت لغتان فصيحتان والمنزل سقب ومسقب كذا في الجمهرة اهـ إتقاني. **قوله: (وقال الشافعي رحمه اللّه: لا شفعة بالجوار إلخ)** وعند أهل المدينة مثل يحيى بن سعيد الأنصارى وربيعة بن أبي عبد الرحمن ومالك بن أنس لا شفعة بالجوار وبه يقول الشافعي وأحمد وإسحق ومذهب سفيان الثوري وعبداللّه ابن المبارك مثل مذهبنا أن الجار له شفعة كذا ذكر الترمذي في جامعه اهـ إتقاني. **قوله: (ولأن الشفعة تثبت على خلاف القياس)** أي لأن تملك مال الغير بغير رضاه لا يعقل اهـ إتقاني. (فرعان) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره: الشفعة تستحق عند أصحابنا جميعاً بثلاثة معان بالشركة فيما وقع عليه عقد البيع، أو بالشركة في حقوق ذلك أو بالجوار الأقرب فالأقرب وتفسير ذلك دار بين قوم فيها منازل لهم فيها شركة بين بعضهم وفيها ما هي مفردة لبعضهم وساحة الدار موضوعة بينهم يتطرّقون من منازلهم فيها وباب الدار التي فيها المنازل في زقاق غير نافذ فباع بعض الشركاء في المنزل نصيبه من شريكه أو من رجل أجنبي بحقوقه من الطرق في الساحة وغيرها فالشريك في المنزل أحق بالشفعة من الشريك في الساحة ومن الشريك في الزقاق الذي فيه باب الدار فإن سلم الشريك في

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع (٢٢١٣).

(٢) أخرجه الترمذي في الأحكام (١٣٧٠) وقال حديث حسن صحيح.

(٣) أخرجه أبو داود في البيوع (٣٥١٥)، وأخرج بنحوه ابن ماجه في الأحكام (٢٤٩٩).

القسمة كالبئر والحمام والبيت الصغير لوقوع إلا من من لزوم المؤنة ولنا ما روينا. والمراد بما روي والله أعلم أنها لا تجب للجار بقسمة الشركاء لأنهم أحق منه وحقه متأخر عن حقهم وبذلك يحصل التوفيق بين الأحاديث ولا نسلم أن الشفعة وجبت لدفع أجرة القسمة وكيف يكون ذلك وأجرة القسمة مشروعة وكيف يجوز الحاق الضرر بالمشتري بأخذ ماله بغير رضاه لدفع حكم مشروع. وإنما العلة الموجبة دفع ضرر يلحقه بسوء العشرة على الدوام، ولو كان لدفع أجرة القسمة لوجبت في المنقول. وقوله: إن كان خاصاً أي الشرب أو الطريق إن كان خاصاً يستحق به وإن لم يكن خاصاً لا يستحق به الشفعة، والطريق الخاص أن يكون غير نافذ وإن كان نافذاً فليس بخاص. وإن كانت سكة غير نافذة تتشعب منها سكة غير نافذة فبيعت دار في السفلى فلأهلها الشفعة دون أهل العليا، وإن بيعت دار في العليا فلأهل السكتين الشفعة لأن في العليا حقاً لأهل السكتين حتى كان لهم كلهم أن يمرّوا فيها وليس في السفلى حق لأهل العليا حتى لا يكون لهم أن يمرّوا فيها ولا لهم فتح الباب إليها على ما بينا في كتاب القضاء، والشرب الخاص عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أن يكون نهراً صغيراً/ لا تجري فيه السفن وإن كان كبيراً بحيث تجري فيه السفن [١٥٦أ ٣/] فليس بخاص فإذا بيع أرض من الأراضي التي يسقي منها لا يستحق أهل النهر الشفعة بسببه والجار أحق منهم بخلاف النهر الصغير. وقيل: إذا كان أهله لا يحصون فهو كبير وإن كانوا يحصون فهو صغير وعليه عامّة المشايخ لكن اختلفوا في حدّ ما

المنزل الشفعة فالشريك في الساحة أحق بالشفعة وإن سلم الشريك في الساحة فالشريك في الزقاق الذي لا منفذ له الذي يشرع فيه باب الدار أحق بعده بالشفعة من الجار الملاصق وجميع أهل الزقاق الذين طريقهم فيه شركاء في الشفعة من كان في أدناه وأقصاه في ذلك سواء فإن سلم الشركاء في الزقاق فالجار الملاصق ممن لا طريق له في الزقاق بعد هؤلاء أحق وليس لغير الملاصق من الجيران شفعة ممن لا طريق له في الزقاق وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وزفر ومحمد بن الحسن والحسن بن زياد إتقاني اهـ قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره قال أبو يوسف: في دار بين رجلين ولرجل فيها طريق فباع أحدهما نصيبه من الدار فشريكه في الدار أحق بالشفعة في ذلك ولا شفعة لصاحب الطريق. قال: وقال وكذلك دار بين رجلين لأحدهما حائط في الدار بينه وبين رجل يعني بأرضه فباع الذي له شرك في الحائط نصيبه من الدار والحائط قال فالشريك في الدار أحق بشفعة الدار ولا شفعة للشريك في الحائط في الدار وله الشفعة في الحائط وأرضه وكذلك دار بين رجلين ولأحدهما بئر في الدار بينه وبين رجل آخر فباع الذي له الشرك في البئر نصيبه من الدار والبئر فالشريك في الدار أحق بشفعة الدار ولا شفعة للشريك في البئر في الدار وله

يحصى وما لا يُحصى فبعضهم قدّر ما لا يُحصى بخمسمائة وبعضهم بأربعين، وعن أبي يوسف رحمه اللّه الخاص أن يكون نهراً يسقي منه **قراحان** أو ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عامّ. وقيل: هو مفوّض إلى رأى المجتهدين في كل عصر إن رأوهم كثيراً كانوا كثيراً وإن رأوهم قليلاً كانوا قليلاً وهو أشبه الأقاويل.

قال رحمه اللّه: (والشريك في خشبة على الحائط وواضع الجذوع على الحائط جار) ولا يكون شريكاً لأن الشركة المعتبرة هي الشركة في العقار لا في المبقول والخشبة منقولة وبوضع الجذوع على الحائط لا يصير شريكاً في الدار وكذا بالشركة في الجذوع لا يكون شريكاً فيها لكنه جار ملازق لوجود اتصال بقعة أحدهما ببقعة الآخر فيستحق الشفعة على أنه جار ملاصق ولا يترجح بذلك على غيره من الجيران. وكذا إذا كان بعض الجيران شريكاً في الجدار لا يقدّم على غيره من الجيران، لأن الشركة في البناء المجردّ بدون الأرض لا يستحق بها الشفعة، ولو كان البناء والمكان الذي عليه البناءمشتركا بينهما كان هو أولى من غيره من الجيران، ويتأتى ذلك بأن يبني الشريكان في المشترك ثم يقتسما الأرض غير موضع البناء فيبقى البناء وموضعه على الشركة وإنما كان هو أولى لأنه شريك في بعض المبيع والشريك أولى أما في موضع البناء فظاهر لكونه شريكاً فيه، وأما في الباقي فكذلك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما اللّه وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه اللّه لأن الضرر أخص به حيث كان شريكاً في البعض فيقدّم على الجار، وفي رواية أخرى عنه هو والجار سواء في غير موضع الجدار لأن استحقاقه الشفعة في غير موضع الجدار بالجوار وغيره من الجيران يساوونه فيه، وعلى هذا لو كان بعض الجيران شريكاً في منزل من الدار أو بيت منها فبيعت الدار كان هو أحق بالمنزل لما ذكرنا واستووا في البقية في روايه لأن كلهم جيران في حق البقية، وكذا لو كانت دار بين رجلين ولأحدهما فيها بئر مشتركة بينه وبين آخر غير شريكه في الدار فباعها كان الشريك في الدار أولى بشفعة الدار لأنه شريك فيها والآخر جار والشريك في البئر أولى بالبئر لأنه شريك فيها والآخر جار، وعلى هذا لو كان سفل بين رجلين عليه علو لأحدهما مشترك بينه وبين آخر فباع هو السفل والعلو كان العلو لشريكه في العلو والسفل لشريكه في السفل لأن كل واحد منهما شريك في نفس المبيع في حقه وجار في حق الآخر أو شريك في الحق إذا كان طريقهما واحداً.

قال رحمه اللّه: (على عدد الرؤوس بالبيع) أي: تجب الشفعة بالبيع وتقسم على عدد الرؤوس إذا كانوا كثيرين، وقال الشافعي رحمه اللّه: على مقدار الأنصباء

شفعة في البئر إتقاني. **قوله:** **(قراحان)** القراح الأرض البارزة التي لم يختلط بها شيء والماء

لأن الشفعة من مرافق الملك، ألا ترى أنها لتكميل المنفعة فأشبه الغلة والربح والولد والثمرة، ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق لوجود علة استحقاق الكل في حق كل واحد منهم، ولهذا لو انفرد واحد أخذ الكل **والاستواء** في العلة يوجب الاستواء في الحكم ولا ترجيح بكثرة العلل بل بقوّة فيها، ألا ترى أن أحد الخصمين إذا أقام شاهدين والآخر أربعة فهما سواء وكذا صاحب الجراحات مع صاحب جراحة واحدة **بخلاف الحز** مع الجرح فإن الحز أقوى لأنه لا يتخلف عنه الموت فكان أولى بإضافة الموت إليه، وما استشهد / به من الولد وغيره متولد من الملك فيستحق بقدر الملك [١٥٦ب/٣] وتملك ملك الغير لا يتولد من ملكه فكيف يجعل من ثمراته بل العلة أصل الملك لا قدره والحكم لا يزاد بزيادة العلة، ولو أسقط بعضهم حقه قبل القضاء لهم كان لمن بقي أن يأخذ الكل لأن السبب لاستحقاق الكل قد وجد وتقرر في حق كل واحد منهم، والتشقيص للمزاحمة وقد زالت ونظيره الرهن فإنه يحبس بكل الدين وبكل جزء من أجزائه، ولهذا لو أوفى البعض أو كان رهناً عند رجلين فقضى دين أحدهما ليس له أن يأخذ شيئا من الرهن بخلاف ما إذا أسقط حقه بعد القضاء **حيث لا يكون له** أن يأخذ نصيب التارك لأنه بالقضاء قطع حق كل واحد منهم في نصيب الآخر. ولو كان بعضهم غائباً يقضي بالشفعة بين الحاضرين في الجميع لأن الغائب يحتمل أن لا يطلب فلا يؤخر بالشك وكذا لو كان الشريك غائباً فطلب الحاضر يقضي له بالشفعة لما ذكرنا، ثم إذا حضر وطلب الشفعة قضى له بها لتحقق طلبه غير أن الغائب إذا كان يقاسمه الحاضر لا يقضي له بالكل إذا أسقط الحاضر حقه لتحقق انقطاع حقه عن الباقي بالقضاء وهو نظير ما لو قضى للشريك ثم ترك ليس للجار أن يأخذه لأنه بالقضاء للشريك انقطع حقه وبطل لأنه قضى عليه بذلك لتقدّمه عليه. ولو أراد الشفيع أن يأخذ البعض ويترك البعض فليس له ذلك إلا برضا المشتري لأنه يلحقه ضرر بتفريق الصفقة عليه، ولو جعل بعض الشفعاء نصيبه لبعض لا يصح ويسقط حقه به لإعراضه، ويقسم بين الباقين على عدد رؤوسهم. وكذا لو كان أحد الشفيعين حاضراً والآخر غائباً فطلب الحاضر الشفعة في النصف على حساب أنه يستحق في النصف بطلت شفعته لأنه يستحق الكل والقسمة للمزاحمة، فإذا ترك في شيءمنها وجد الإعراض فيه فسقط في الكل لكونه لا يتجزأ، وكذا لو كانا حاضرين

القراح الذي لم يختلط به شيء كذا في تهذيب الديون اهـ إتقاني. **قوله: (والاستواء إلخ)** لو كان أحدهما جاراً ملاصقاً من جانب واحد والآخر ملاصق من ثلاثة جوانب فهما سواء اهـ شرح مغني للقاني. **قوله: (بخلاف الحز)** أي حز الرقبة اهـ **قوله: (حيث لا يكون له)** أي لمن

فطلب كل واحد منهما النصف بطلت شفعتهما، ولو طلب أحدهما الكل والآخر النصف بطل حق من طلب النصف وللآخر أن يأخذ الكل أو يترك وليس له أن يأخذ النصف لما ذكرنا والباء في قوله بالبيع تتعلق بتجب في قوله تجب للخليط معناه تجب له الشفعة بعقد البيع أي بعده لا أنه سبب له لأن السبب هو الاتصال على ما بينا والشرط رغبة المالك عنها **حتى إذا أقر بالبيع** أخذها الشفيع **لوجود رغبته عنها** وقيل البيع هو السبب بدليل أن الشفيع لو أسقط الشفعة قبل الشراء لا يصح لكونه إسقاطاً قبل وجود سببه وهو البيع ولو كان السبب الاتصال لصح لكونه بعد وجود السبب وجوابه أنه إنما لم يصح الإسقاط قبله لفقد شرطه وهو البيع لأن السبب لا يكون سبباً إلا عند وجود شرطه كما في الطلاق المعلق.

قال رحمه اللّه: (وتستقر بالإشهاد) لأنها حق ضعيف يبطل بالإعراض فلا بدّ من الإشهاد بعد طلب المواثبة للاستقرار كما أنه لا بدّ له من طلب المواثبة وهو أن يطلب كما سمع لقوله عليه الصلاة والسلام: «الشفعة لمن واثبها»[1]. وقال عليه الصلاة والسلام: «الشفعة كحلّ العقال»[2]. ولأن رغبته فيها بذلك تعلم ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه ذلك إلا بالإشهاد.

قال رحمه اللّه: (وتملك بالأخذ بالتراضي أو قضاء القاضي) أي تملك الدار المشفوعة بأحد أمرين إما بالأخذ إذا سلمها المشتري برضاه أو بحكم الحاكم من غير أخذ لأن ملك المشتري قد تمّ بالشراء فلا يخرج عنه إلى الشفيع إلا برضاه **أو بحكم الحاكم** لأن للحاكم ولاية عامّة فيقدر على ذلك في ضمن الحكم بالحق وولايته على نفسه فوق ولاية القاضي عليه فكان أولى بذلك. ونظيره الهبة لما تم ملك الموهوب له لا يخرج عن ملكه إلا بأحد الأمرين/ المذكورين إلا أن أخذ الشفعة بقضاء [١٥٧/أ ٣]

بقي اهـ **قوله: (حتى إذا أقرّ بالبيع)** أي وجحد المشتري اهـ **قوله: (لوجود رغبته عنها)** قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي: والشفعة تجب برغبة البائع عن ملكه بدليل أنه لو ادّعى أنه باع داره من زيد فجحد زيد ذلك وجبت الشفعة لأجل اعترافه بخروج الشيء عن ملكه وإن لم يحكم بدخوله في ملك المشتري. ثم قال: وهذا المعنى هو سبب الشفعة اهـ إتقاني. **قوله: (أو بحكم الحاكم)** قال الإتقاني: ولا يملك الشفيع الدارقبل تسليم المشتري إليه أو قضاء القاضي وإن أثبت شفعته بطلبين طلب المواثبة وطلب التقرير حتى أن المبيع لو كان كرماً فأكل المشتري ثماره سنين فإنه لا يكون مضموناً عليه ولا يطرح عن الشفيع

---

(١) ذكره ابن حجر في تلخيص الحبير (٢١٧٥)، وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه، وذكره الزيلعي في نصب الراية (٤٢٠٧).

(٢) أخرجه ابن ماجه في الأحكام (٢٥٠٠).

القاضي أحوط حتى كان للشفيع أن يمتنع من الأخذ إذا سلم المشتري له بغير قضاء لأن في القضاء زيادة فائدة وهي صيرورة الحادثة معلومة للقاضي وتبين سبب ملكه له فإذا كانت المشفوعة تملك بأحد الأمرين فقبل وجود أحدهما لا يثبت له فيها شيء من أحكام الملك حتى لا تورث عنه إذا مات في هذه الحالة وتبطل شفعته إذا باع داره التي يشفع بها ولو بيعت دار بجنبها في هذه الحالة لا يستحقها بالشفعة لعدم ملكه فيها. واللّه سبحانه وتعالى أعلم.

باب طلب الشفعة

قال رحمه اللّه: (**فإن علم الشفيع بالبيع أشهد في مجلسه على الطلب** ثم على البائع لو في يده) أي إذا كان المبيع في يده أو على المشتري أو عند العقار فهذان طلبان، **فالأوّل طلب المواثبة** والثاني طلب التقرير وفيه طلب ثالث وهو طلب الأخذ والتملك ولا بد من هذه الثلاثة، أما الأوّل وهو طلب المواثبة فلما روينا وبينا من المعنى، **والشرط أن يطلب كما علم** على الفور من غير تأخير ولا سكوت لأن سكوته بعد العلم يدل على رضاه بجوار الجار الحادث ومعاشرته فتبطل شفعته به، ولو أخبر

شيء من الثمن لما أكل من ثماره إذ كانت الثمار حدثت بعد ما قبض المشتري الكرم فهذا معنى قولنا أنه يملك بالأخذ لا بالطلب على الانفراد كذا في شرح الطحاوي اهـ

باب طلب الشفعة

قوله في المتن: (**أشهد في مجلسه على الطلب**) قال في الهداية: والإشهاد فيه أي في طلب المواثبة ليس بلازم قال الكاكي: لأن طلب المواثبة ليس لإثبات الحق وإنما شرط هذا الطلب ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة حتى يمكنه الحلف حين طلب المشتري حلفه أنه طلبها كما سمع. وفي الذخيرة وإنما ذكر أصحابنا الإشهاد عند الطلب لا لأنه شرط صحة هذا الطلب بل لاعتبار ثبوته على المشتري عند إنكاره الطلب اهـ **قوله**: (**فالأوّل طلب المواثبة**) وسمى الطلب الأول طلب المواثبة تبركاً بلفظ الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «الشفعة لمن واثبها» أي طلبها على وجه السرعة والمبادرة مفاعلة من الوثوب على الإستعارة لأن من يثب هو الذي يسرع في طيّ الأرض بمشيه اهـ إتقاني. **قوله**: (**والشرط أن يطلب كما علم**) أي على الفور سواء كان عنده إنسان أو لم يكن وفي كتاب الأجناس نقل عن كتاب الشفعة لموسى بن نصر صاحب محمد بن الحسن يحتاج الشفيع أن يطلبها ساعة بلغه البيع ويتكلم بلسانه بالطلب حضره الشهود أو لم تحضره. وقال الحسن ابن زياد: من قول نفسه ليس عليه أن يتكلم بالطلب إذا لم يكن بحضرته أحد اهـ

بكتاب والشفعة في أوّله أو وسطه فقرأ الكتاب إلى آخره بطلت شفعته إذا كان ذلك بعد علم المشتري والثمن لأن السكوت إنما يكون دليل الرضا بعد العلم بهما كالبكر لا يكون سكوتها رضاً إلا إذا كان بعد العلم بالزوج، ثم إذا أخبر بحضرة الشهود يشهدهم عليه، وإن لم يكن بحضرته أحد يطلب من غير إشهاد لأن هذا الطلب صحيح من غير إشهاد والإشهاد لمخافة الجحود والطلب لا بد منه كي لا يسقط حقه فيما بينه وبين اللّه تعالى وليمكنه الحلف إذا حلف ولئلا يكون معرضاً عنها وراضياً بجوار الدخيل، **ويشترط أن يكون متصلاً بعلمه عند عامة المشايخ** وهو مروي عن محمد رحمه اللّه تعالى، **وعنه أن له التأمّل إلى آخر المجلس** كالمخيرة لأنه تملك فلا بد من التأمّل فيه كسائر التملكات، **وبهذه الرواية أخذ الكرخي** رحمه اللّه، ولو قال بعد ما

إتقاني. **قوله: (ويشترط أن يكون متصلاً بعلمه عند عامة المشايخ)** يعني أن عامة المشايخ على أن طلب الشفعة على الفور اهـ إتقاني. وكتب ما نصه قال الإتقاني: والأصل هنا أن طلب الشفعة على الفور في رواية، وفي رواية هشام على المجلس وهو اختيار الكرخي :قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره: وإذا بيعت الدار ولها شفيع فبلغ ذلك الشفيع فإن محمداً قال في الأصل إن لم يطلب مكانه بطلت شفعته قال القدوري في شرحه وهذا يقتضي أن الطلب على المجلس ثم قال الكرخي، وقال ابن سماعة عن أبي يوسف: إن لم يطلب حين بلغه بطلت شفعته. وقال في موضع آخر: فإن لم يطلب ساعتئذ بطلت شفعته، قال وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف. قال القدوري: وهذا يقتضي أن الطلب على الفور. ثم قال الكرخي وقال ابن رستم عن محمد: إذا بلغت الشفعة صاحبها فسكت فهو رضاً وهو ترك للشفعة. قال القدوري: وهذا يدل على أنه على الفور. ثم قال الكرخي وقال هشام عن محمد في نوادره: إذا بلغه فسكت هنيهة ثم ادّعاها من ساعته فهو على شفعته، قال القدوري: وهذا يفيد المجلس. وقال ابن أبي ليلى: إن ترك الطلب ثلاثة أيام بطلت شفعته. وقال الشعبي: إن تركها بطلت، وقال شريك: لا تبطل أبداً حتى يبطلها بقوله كذا ذكر القدوري في شرحه وجه رواية الفور قوله عليه الصلاة والسلام: «الشفعة لمن واثبها»(١). وقوله عليه الصلاة والسلام: «إنما الشفعة كنشطة عقال إن قيدها ثبتت وإلا ذهبت»(٢). ووجه رواية المجلس أنه خيار تملك كخيار القبول والمخيرة ولأنه يتروى لينظر هل يصلح له الأخذ أم لا يصلح وذلك لا يمكن على الفور وإذا ثبت أنها على المجلس وهو أصح الروايتين كان على شفعته ما لم يقم أو يتشاغل بغير الطلب اهـ **قوله: (وعنه أن له التأمل إلى آخر المجلس)** أي: روي عن محمد أن للشفيع مجلس العلم اهـ

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/ ١٧٦) وقال غريب.

بلغه البيع الحمد الله أو لا حول ولا قوّة إلا بالله العلي العظيم أو سبحان الله **لا تبطل شفعته على هذه الرواية** لأن الأوّل حمد على الخلاص من جواره، والثاني تعجب منه لقصد الإضرار به، والثالث لافتتاح الكلام به ولا يدل شيء منه على الإعراض، وكذا إذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لأنه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض فلا يدل ذلك قبل العلم به على الإعراض، وكذا لو قال خلصني الله. ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة في الحال، ولا يجب عليه الطلب حتى يخبره به رجلان غير عدلين أو واحد عدل عند أبي حنيفة رحمه الله أو رجل وامرأتان لأن فيه إلزاماً من وجه دون وجه فيشترط فيها أحد شرطي الشهادة إما العدالة أو العدد **وقد ذكرناها من قبل مع أخواتها**، وعندهما يجب عليه الإشهاد إذا أخبره واحد حراً كان أو عبداً صغيراً كان أو كبيراً **إذا كان الخبر حقاً** وإذا لم يشهد بطلت شفعته. **ولو أخبره المشتري بنفسه** يجب عليه الطلب بالإجماع كيفما كان لأنه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم، **وأما الثاني وهو طلب التقرير** فلا بد من الإشهاد فيه

إتقاني. **قوله**: (**وبهذه الرواية أخذ الكرخي**) قال الإتقاني: قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره: بعد ما ذكر فيه روايات الأصل والنوادر: وليس هذا عندي اختلافاً في رواية ولا معنى لأن جميع العبارت إنما أريد بها أن لا يكون الطلب متراخياً عن الحال تراخياً يدل على ترك المطالبة بالشفعة أو الإعراض عنها وهو عندي على مثال ما قالوا في المخيرة في الطلاق في رجل قال لزوجته أمرك بيدك، وكخيار المشتري إذا أوجب له البائع البيع قال قد بعتك هذا العبد بألف فللمشتري خيار الردّ أو القبول في المجلس ما لم يظهر منه ما يستدل به على الإعراض عن الجواب والترك اهـ إتقاني. **قوله**: (**لا تبطل شفعته على هذه الرواية**) يعني الرواية الثانية عن محمد التي عبر عنها بقوله وعنه إلخ وهي التي اختارها الكرخي قال الإتقاني: قال الكرخي في مختصره قال هشام في نوادره: سألت محمداً عن رجل قيل له أن فلاناً باع داره وهو شفيعها فقال: الحمد الله قد ادّعيت شفعتها أو قال: سبحان الله أو قال: الله أكبر، قد ادّعيت شفعتها أو لقي صاحبه الذي يدعي الشفعة قبله فبدأه بالسلام قبل أن يدعي الشفعة ثم ادّعاها أو قال حين أخبر بالبيع من اشتراها أو بكم باعها أو عطس صاحبه فشمته قبل أن يدعي الشفعة ثم ادّعاها قال محمد: هو في هذا كله على شفعته إلى هنا لفظ الكرخي. ثم قال الإتقاني: وقال في النوازل: سئل أبو بكر البلخي عن الشفيع إذا سلم على المشتري؟ قال تبطل شفعته اهـ **قوله**: (**وقد ذكرناها من قبل مع أخواتها**) أي: في آخر فصل القضاء بالمواريث من كتاب أدب القاضي. **قوله**: (**إذا كان الخبر حقاً**) وجه قولهما أنه من أخبار المعاملات فيقبل فيه قول الواحد عدلاً كان أو غير عدلٍ، كسائر أخبار المعاملات اهـ إتقاني. **قوله**: (**ولو أخبره المشتري بنفسه**) أي بأن قال اشتريت

لأنه يحتاج إليه لإثباته عند القاضي ولا يمكنه الإشهاد على طلب المواثبة ظاهراً **لأنه على الفور** فيحتاج بعد ذلك إلى الإشهاد للتقرير حتى لو أمكنه ذلك وأشهد عند طلب المواثبة بأن بلغه البيع بحضرة الشهود والمشتري أو البائع حاضر أو كان عند العقار يكفيه ويقوم ذلك مقام الطلبين ذكره شيخ الإسلام. وكيفية هذا الطلب أن ينهض من المكان الذي سمع فيه ويشهد على البائع إن كان المبيع في يده **أو على المشتري** أو عند العقار فإذا فعل / ذلك استقرت شفعته وإنما صح الإشهاد عند هؤلاء [١٥٧ب/٣] الثلاثة لأن المشتري والبائع خصم فيه بالملك أو باليد وأما عند العقار فلتعلق الحق به ولا يكون البائع خصماً بعد تسليم المبيع إلى المشتري لعدم الملك واليد فلا يصح الإشهاد عليه بعده هكذا ذكره القدوري والناطفي، **وذكر شيخ الإسلام أنه يصح استحساناً**، ومدّة هذا الطلب مقدرة بالتمكن من الإشهاد مع القدرة على أحد هؤلاء الثلاثة حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته وإن قصد الأبعدمن هذه الثلاثة وترك الأقرب فإن كانوا جميعاً في مصره جاز استحساناً لأن نواحي المصر جعلت كناحية واحدة حكماً كأنهم في مكان واحد وإن كان بعضهم فيه والبعض في مصر آخر أو في الرستاق فقصد الأبعد وترك الذي في مصره بطلت شفعته قياساً واستحساناً لتباين المكانين حقيقة وحكماً، وإن كان الشفيع غائباً يطلب طلب المواثبة حين يعلم ثم يعذر في تأخير طلب التقرير بقدر المسافة إلى أحد هذه الثلاثة. وصورة هذا الطلب أن يقول أن فلاناً اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك، وعن أبي يوسف رحمه اللّه أنه يشترط تسمية المبيع وتحديده لأن مطالبة غير معلوم لا تصح فإذا لم يبين المطلوب لم يكن للمطالبة اختصاص بالمبيع فلم يكن لها حكم حتى يتبين المطلوب. **أما الثالث وهو طلب الأخذ والتملك**

دار فلان اهـ **قوله: (وأما الثاني وهو طلب التقرير)** أي والإشهاد اهـ هداية. (فرع) قال في خلاصة الفتاوى: الشفيع إذا علم بالليل ولم يقدر على الخروج والإشهاد فإن أشهد حين أصبح صح اهـ إتقاني. **قوله: (لأنه على الفور)** قال الشيخ الإمام علاء الدين الإسبيجابي رحمه اللّه في شرح الكافي: ثم يذهب على الفور بعد طلب المواثبة إلى الدار أو إلى البائع أو إلى المشتري فيطلب الشفعة عند واحد من هؤلاء ويشهد على ذلك ويسمى هذا طلب التقرير. ولو ترك هذا أواخر من غير عذر تبطل شفعته اهـ إتقاني. **قوله: (أو على المشتري)** أي سواء كانت الدار في يده أو لا لأن الملك له ويأخذ الشفعة منه اهـ دراية. **قوله: (وذكر شيخ الإسلام أنه يصح استحساناً)** أي لأن الإشهاد حصل على العاقد فيصح كما يصح على المشتري اهـ دراية. **قوله: (وأما الثالث)** أي من أنواع الطلب اهـ **قوله: (وهو طلب الأخذ والتملك)** وسماه بعضهم طلب الخصومة، قال الإتقاني: وسماه في شرح الكافي طلب

فلا بد منه أيضاً لأنه لا يحكم له به بدون طلبه. ونبين كيفية هذا الطلب من قريب إن شاء اللّه تعالى.

قال رحمه الله: (ثم لا تسقط بالتأخير) أي لا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب وهو طلب الأخذ بعد ما استقرت شفعته بالإشهاد، **وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما اللّه في ظاهر الرواية**، وعن أبي يوسف رحمه اللّه أنه إذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي من غير عذر **بطلت شفعته** لأنه دليل الإعراض والتسليم كما في تأخير الطلبين الأوّلين، وقال محمد رحمه اللّه أن أخر هذا الطلب إلى شهر من غير عذر بطلت شفعته، وعنه أنه قدره بثلاثة أيام لأنه لو لم تسقط بتأخيره للحق المشتري ضرر من جهته لأنه يمتنع عن التصرف فيه خشية أن ينقض تصرفه وهو مدفوع قال عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»[١]. ثم قدّر تلك المدّة بثلاثة أيام في رواية لأنها هي التي ضربت لإبلاء الأعذار كإمهال الخصم للدفع والمدين للقضاء، وفي رواية قدرها بشهر وهو قول زفر ورواية عن أبي يوسف رحمهم اللّه لأنه آجل وما دونه عاجل على ما مر في الأيمان، وجه الظاهر أن حقه قد تقرر بالإشهاد فلا يبطل بالتأخير كسائر الحقوق وما ذكر من الضرر يمكنه إزالته بأن يرفع الأمر إلى الحاكم فيأمره بالأخذ أو بالترك على أنه مشكل بما إذا كان الشفيع غائباً حيث **لا تسقط بالتأخير** ولو كان ضرره مراعى لسقطت إذ لا فرق في لزوم الضرر في حقه بين أن يكون حاضراً وغائباً. ولو كان التأخير بعذر من مرض أو حبس أو عدم قاض يرى الشفعة بالجوار في بلده لا تسقط بالإجماع وإن طالت المدّة لكونه لا يتمكن من الخصومة في مصره. **وقال شيخ الإسلام** الفتوى اليوم على أنه إذا أخر شهر اسقطت الشفعة لتغير أحوال الناس في قصد الإضرار بالغير.

قال رحمه اللّه: (فإن طلب عند القاضي سأل المدّعي عليه فإن أقر بملك ما يشفع به أو نكل أو برهن الشفيع سأله عن الشراء فإن أقر به أو نكل أو برهن الشفيع قضى بها) أي إذا تقدّم الشفيع وادّعى الشراء وطلب الشفعة عند القاضي سأل القاضي المدّعى عليه وهو المشتري عن الدار التي يشفع بها الشفيع هل هي ملك

الاستحقاق وهو أن يرفع الشفيع الأمر إلى القاضي فيثبت حقه عنده بالحجة اهـ **قوله**: (**وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف في ظاهر الرواية**) أي وعليه الفتوى اهـ هداية. **قوله**: (**بطلت شفعته**) أي وهو قول زفر اهـ هداية. **قوله**: (**لا تسقط بالتأخير**) أي بالاتفاق اهـ كاكي. **قوله**: (**وقال شيخ الإسلام**) أي وقاضيخان في جامعه وصاحب المنافع والخلاصة اهـ كاكي. قال

---

(١) تقدم تخريجه.

الشفيع أم لا فان أقر بأنها ملكه أو أنكر ونكل عن اليمين/ أو أقام الشفيع بينة أنها [١٥٨ أ/٣] ملكه سأل القاضي المشتري عن الشراء فيقول له هل اشتريت أم لا؟ فإن أقر بأنه اشترى أو نكل عن اليمين أو أقام الشفيع بينة قضى بالشفعة لثبوته عنده وهذا هو طلب الأخذ الموعود به فذكر هنا سؤال القاضي المدّعى عليه عن ملك الشفيع أوّلاً عقيب طلب الشفيع وليس كذلك بل القاضي يسأل المدّعي أوّلاً قبل أن يقبل على المدّعى عليه عن موضع الدار من مصر ومحلة وحدودها لأنه ادّعى فيها حقاً فلا بد من أن تكون معلومة لأن دعوى المجهول لا تصح فصار كما إذا ادّعى ملك رقبتها فإذا بين ذلك سأله هل قبض المشتري الدار أم لا لأنه إذا لم يقبضها لا تصح دعواه على المشتري حتى يحضر البائع فإذا بين ذلك **سأله عن سبب شفعته وحدود ما يشفع بها** لأن الناس يختلفون فيه فلعله ادّعاه بسبب غير صالح أو يكون هو محجوباً بغيره فإذا بين سبباً صالحاً ولم يكن محجوباً بغيره سأله أنه متى علم وكيف صنع حين علم لأنها تبطل بطول الزمان وبالإعراض وبما يدل عليه فلا بد من كشف ذلك فإذا بين ذلك سأله عن طلب التقرير كيف كان وعند من أشهد وهل كان الذي أشهد عنده كان أقرب من غيره أم لا على الوجه الذي بيناه فإذا بينّ ذلك كله ولم يخل بشيء من شروطه تم دعواه وأقبل على المدّعى عليه فسأله عن الدار التي يشفع بها هل هي ملك الشفيع أم لا وإن كانت هي في يد الشفيع وهي تدل على الملك ظاهراً لأن الظاهر لا يصلح للاستحقاق فلا بد من ثبوت ملكه بحجة لاستحقاق الشفعة فيسأله عنه فإن أنكر أن يكون ملكاً له **يقول للمدّعي** أقم البينة أنها ملكك فإن عجز عن البينة **وطلب** بيمينه استحلف المشتري باللّه ما يعلم أنه مالك للذي ذكره مما يشفع به لأنه

الكاكي: فكان ما اختاره في الكتاب بأن الفتوى على قول أبي حنيفة مخالفاً لرواية هذه الكتاب اهـ **قوله: (سأله عن سبب شفعته وحدود ما يشفع بها)** قال الإتقاني رحمه اللّه: وشرط في الفتاوي بيان حدود دار الشفيع التي طلب الشفعة بها بأن قال: أنا شفيعها بالجوار بداري التي أحد حدودها كذا والثاني كذا والثالث كذا والرابع كذا، ولا يشترط تحديد دار الشفيع على ما قال الخصاف بل إذا قال: أنا شفيع الدار التي اشتراها فلان من فلان وهي في بلدة كذا في محلة كذا في سكة كذا وبين حدودها بدراي التي تلازقها كفي وإن لم يذكر حدود داره. قال الفقيه أبو الليث: وأما الطلب عند الحاكم أن يقول اشتري هذه الدار التي أحد حدودها كذا والثاني كذا والثالث كذا والرابع كذا وأنا شفيعها بالجوار بداري التي أحد حدودها كذا والثاني كذا والثالث كذا والرابع، كذا طلبت أخذها بشفعتي فمره بتسليمها لي بشفعتي هذه اهـ إتقاني. **قوله: (يقول للمدّعي إلخ)** وقال زفر: وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف ليس عليه إقامة البينة على الملك لأن اليد دليل على الملك ألا

ادّعى عليه حقاً لو أقر به لزمه ثم هو في يد غيره فيحلف على نفي العلم وهذا عند أبي يوسف رحمه اللّه، وعند محمد رحمه اللّه يحلف على البتات لأن المدّعي يدعي عليه استحقاق الشفعة بهذا السبب فصار كما إذا ادّعى عليه الملك بسبب الشراء فإن نكل أو قامت للشفيع بينة أو أقرّ المشتري بذلك ثبت ملك الشفيع في الدار التي يشفع بها وثبت السبب، وبعد ذلك يسأل القاضي المدّعي عليه فيقول له هل اشتريت أم لا فإن أنكر الشراء قال للشفيع أقم البينة أنه اشترى لأن الشفعة لا تجب إلا بالشراء فلا بدّ من إثباته بالحجة فإن عجز عن إقامة البينة وطلب يمين المشتري استحلف باللّه ما اشترى أو باللّه ما يستحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره فهذا تحليف على الحاصل وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما اللّه. والأوّل على السبب **وهو قول أبي يوسف** رحمه اللّه على ما بيناه في الدعوى، وإنما يحلف على البتات لأنه تحليف على فعل نفسه وعلى ما في يده أصالة، وفي مثله يحلف على البتات على ما عرف في موضعه فإن نكل أو أقرّ أو قامت للشفيع بينة قضى بها لظهور الحق بالحجة.

قال رحمه اللّه: (ولا يلزم الشفيع إحضار الثمن وقت الدعوى بل بعد القضاء) بل يجوز له المنازعة وإن لم يحضر الثمن إلى مجلس القاضي فإذا قضى القاضي له بالشفعة لزمه إحضار الثمن وهذا ظاهر رواية الأصل. وعن محمد رحمه اللّه أن القاضي لا يقضي له بالشفعة حتى يحضر الثمن وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما اللّه **احترازا عن توى الثمن**. وجه الظاهر أن الثمن قبل القضاء غير واجب عليه ولا يطالب بادائه والإحضار للتسليم ولا يجب التسليم قبل الوجوب فلا معنى لإحضاره قبل القضاء ثم إذا قضى القاضي له بالشفعة قبل إحضار الثمن فللمشتري أن يحبس العقار عنه حتى يدفع الثمن إليه لأنهما نزلا منزلة البائع والمشتري وينفذ القضاء عند محمد رحمه اللّه أيضاً لأنه فصل مجتهد فيه. ولو أخر دفع الثمن بعد ما قال ادفع الثمن إليه لا تبطل بالإجماع لتأكدها بالقضاء بخلاف ما إذا أخر قبل القضاء بعد الإشهاد عند محمد رحمه اللّه حيث تبطل لعدم التأكد.

ترى أن الشهود يشهدون بالملك بمشاهدة اليد فوجب أن يقضي بالشفعة لأجلها ولنا أن اليد ظاهر في الملك والظاهر يدفع به الدعوى ولا يستحق به على الغير اهـ إتقاني. **قوله: (وطلب)** أي الشفيع اهـ **قوله: (وهو قول أبي يوسف)** أي وقد مر الكلام فيه في فصل كيفية اليمين اهـ **قوله: (احترازاً عن توى الثمن)** أي: إذ لو قضى القاضي قبل إحضار الثمن لم يأمن أن يكون الشفيع مفلساً فيتعجل ملك الدار ويتأخر الثمن عن المشتري وهذا لا يجوز وليس كذلك البيع لأن الملك ينتقل برضا البائع فلذلك استوى ما فيه ضرر وما لا ضرر فيه

قال رحمه الله (وخاصم البائع لو في يده) أي للشفيع أن يخاصم / البائع إذا [١٥٨ب/٣] كان المبيع في يده لأن له يدا محقة أصالة فكان خصماً كالمالك بخلاف المودع والمستعير ونحوهما لأن يدهم ليست بأصالة فلا يكون خصماً.

قال رحمه الله: (**ولا يسمع البينة حتى يحضر المشتري** فيفسخ البيع بمشهده والعهدة على البائع) لأن الشفيع مقصوده أن يستحق الملك واليد فيقضي القاضي بهما له فيشترط حضور البائع والمشتري للقضاء عليهما بهما لأن لأحدهما يداً وللآخر ملكاً فلا بدّ من اجتماعهما لأن القضاء على الغائب لا يجوز ولأن أخذه من يد البائع يوجب فوات المبيع قبل القبض وفواته قبله يوجب الفسخ لكونه قبل تمامه كما إذا هلك قبل القبض ولا يجوز أن يفسخ عليهما إلا بمحضر منهما لأنه قضاء عليهما بالفسخ وهو لا يجوز على الغائب بخلاف ما بعد القبض حيث لا يشترط حضور البائع لأن العقد قد انتهى بالتسليم فصار البائع أجنبياً عنهما ثم وجه هذا الفسخ المذكور هنا أن يجعل فسخاً في حق الإضافة إلى المشتري، لأن المبيع قد فات بالأخذ قبل القبض وهو يوجب الفسخ فقلنا بأنه انفسخ بالإضافة إلى المشتري

اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (ولا يسمع البينة حتى يحضر المشتري إلخ)** قال الكرخي في مختصره: فإذا صح الإشهاد على ما ذكرنا وأراد أن يقضي له بالدار بالشفعة فإن كانت الدار لم تقبض أحضر البائع والمشتري جميعاً ولا يقضي له حتى يحضر جميعاً فإن أحضر أحدهما دون الآخر لم يحكم له فإن كانت الدار قد قبضت فالخصم هو المشتري وحده فإذا أحضر حكم عليه فإذا حكم الحاكم بالشفعة على ما ذكرنا والدار في يد البائع انتقض البيع الذي كان بين البائع والمشتري ويسلم الشفيع الثمن إلى البائع وكانت عهدة الشفيع على البائع بالثمن ويرجع الشفيع على البائع بالثمن إذا كان نقده إلى هنا لفظ الكرخي، وقال الكرخي أيضاً في مختصره: فإذا أخذ الدار بالشفعة من يد المشتري فالبيع الأول صحيح ويدفع الشفيع الثمن إلى المشتري وعهدة الشفيع على المشتري وذلك لأن الشيء انتقل من ملك المشتري فلم يجب بذلك فسخ بيعه كما لو باعه وأورد القدوري هنا سؤالاً وجواباً في شرحه فقال: فإن قيل إذا كان الشفيع يستحق بسبب سابق للمشتري فإذا أخذ الشيء من يد المشتري انفسخ ملك المشتري كما ينفسخ إذا أخذ من يد البائع أصله المستحق إذا أخذ من يد المشتري والجواب: إن أخذ الشفيع من يد المشتري لو كان فسخاً لم يجز أن يقضي إلا بحضور البائع فلما اتفقوا على أنه يقضي على المشتري بالشفعة بغير محضر البائع دل على أن الأخذ منه ليس بفسخ ويفارق هذا الاستحقاق لأنه يتبين بالاستحقاق أن البائع لم يكن مالكاً وإنما فسخنا البيع إذا أخذ من يد المالك لسقوط القبض وهذا لا يوجد إذا أخذ من المشتري وإذا ثبت ما ذكرنا. قلنا: إن كانت

وبقي أصل العقد لأن انفساخه يوجب سقوط الشفعة وهي إنما تجب بعقد البيع فيجعل العقد مضافاً إلى الشفيع قائماً مقام المشتري كأن البائع باعه له وخاطبه بالإيجاب فجعل العقد متحوّلاً إلى الشفيع فلم ينفسخ أصله، وإنما انفسخ إضافته إلى المشتري ونظيره في المحسوسات من رمي سهما إلى شخص فتقدّم غيره فأصابه فالرمي بنفسه لم ينتقض والتوجه إلى الأول قد انتقض بتخلل الثاني وتوجه إليه فكذا هنا تحوّلت الصفقة إلى الشفيع كأن العقد من الابتداء وقع معه.

قال رحمه اللّه: (**والوكيل بالشراء خصم** للشفيع ما لم يسلم إلى الموكل) لأن الخصومة فيها من حقوق العقد وهي إلى العاقد أصيلاً كان أو وكيلاً ولهذا لو كان البائع وكيلاً كان للشفيع أن يخاصمه ويأخذها منه بحضرة المشتري كما إذا كان البائع وهو المالك على ما بينا إلا أنه إذا سلمها إلى الموكل لا يد للوكيل ولا ملك له فلا يكون خصماً بعده فصار كالبائع فإنه يصير خصماً ما لم يسلمها إلى المشتري فإذا سلمها لم تبق يد ولا ملك له فخرج من أن يكون خصماً وهذا مثله غير أنه لا يشترط للقضاء حضور الموكل لأن الوكيل نائب عنه لأنه أقامه باختياره مقام نفسه فكان حضوره كحضور الموكل ولا كذلك البائع لأنه ليس بنائب عن المشتري فلا بدّ من حضور المشتري للقضاء عليه بخروجه عن ملكه **والأب ووصيه كالوكيل**.

الدار أخذت من يد البائع فالعهدة عليه لأن العهدة ضمان الثمن عند الاستحقاق والبائع هو القابض للثمن وكان ردّه عليه ولأن البيع انفسخ بين البائع والمشتري وانتقل المبيع من ملك البائع فكانت عهدته عليه وأما إذا أخذت من المشتري فإن العهدة عليه لأنه هو القابض للثمن ولأن الشيء انتقل من ملكه وهذا مذهبنا وعند الشافعي عهدة الشفيع على المشتري في الوجهين، وقال زفر: عهدته على البائع في الوجهين اهـ إتقاني مع حذف.
قوله في المتن: (والوكيل بالشراء خصم إلخ) قال الإمام الإسبيجابي في شرح الطحاوي: ومن اشترى دار الرجل بأمره وقبضها ثم جاء الشفيع فطلب الشفعة فإنه ينظر إن كان الوكيل لم يسلم الدار إلى الموكل كان للشفيع أن يأخذ الدار منه ويكتب عهدته عليه وينقد الثمن إليه ويدفعه الوكيل إلى الموكل وإن كان الوكيل سلم الدار إلى الموكل أخذها منه وينقد الثمن إياه ويكتب العهدة عليه وروي عن أبي يوسف أنه قال لا يأخذ من يد الوكيل لأنه إنما اشتراه للموكل وهو ليس بخصم فيها لكن يقال سلم الدار إلى الموكل ثم يأخذها الشفيع منه وفي ظاهر الرواية ما ذكرنا أنه يأخذها من يد الوكيل إذا كانت في يده لأن حقوق العقد راجعة إلى العاقد فيكون في حقوق عقده كالمالك والشفعة من حقوق العقد اهـ غاية. **قوله: (والأب ووصيه كالوكيل)** قال في الهداية: وكذا إذا كان البائع وصياً لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا، قال الإتقاني: يعني يكون الوصي هو الخصم للشفيع إذا باع ما

قال رحمه اللّه: (وللشفيع خيار الرؤية والعيب وإن شرط المشتري البراءة منه) لأن الأخذ بالشفعة شراء من المشتري إن كان الأخذ بعد القبض وإن كان قبله فشراء من البائع لتحوّل الصفقة إليه فيثبت له الخيار أن فيه كما إذا اشتراه منهما باختيارهما ولا يسقط خياره برؤية المشتري **ولا بشرط البراءة منه** لأن المشتري ليس بنائب عن الشفيع فلا يعمل شرطه ورؤيته في حقه.

قال رحمه اللّه: (وإن اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول للمشتري) لأن الشفيع يدّعي عليه استحقاق الأخذ عند نقد الأقل والمشتري ينكر ذلك والقول للمنكر مع يمينه. ولا يتحالفان لأن التحالف عرف بالنص فيما إذا وجد الإنكار من الجانبين والدعوى من الجانبين **والمشتري لا يدعي** على الشفيع شيئا فلا يكون الشفيع منكراً فلا يكون في معنى ما ورد به النص فامتنع القياس.

قال رحمه اللّه: (وإن برهنا فللشفيع) أي وإن أقاما البينة فالبينة بينة الشفيع، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما اللّه. وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما اللّه البينة بينة المشتري لأنها تثبت الزيادة والبينة المثبتة للزيادة أولى، كما إذا اختلف

يجوز بيعه لأنه العاقد بيان ذلك أن الورثة إذ كانوا كلهم كباراً حضوراً ولا دين ولا وصية فليس للوصي بيع شيء من التركة لعدم الولاية على الكبار غيباً فله بيع العروض دون العقار لأن له ولاية الحفظ. وإن كان الورثة صغاراً فله بيع الكل لأنه قائم مقام الأب ولو كانوا صغاراً وكباراً فله بيع العروض والعقار من نصيب الصغار والكبار عند أبي حنيفة رحمه اللّه، وقالا: له بيع نصيب الصغار من العروض والعقار دون نصيب الكبار الحضور فإن كانوا غيباً باع عروضهم لا عقارهم كذا في المختلف اهـ إتقاني رحمه اللّه. **قوله: (ولا بشرط البراءة منه)** قال الإمام العتابي في شرح الجامع الصغير: الأخذ بالشفعة شراء من وجه من حيث أن تملك بثمن معلوم حتى يثبت له خيار الرؤية وخيار العيب واستيفاء حقه من وجه حتى يستوي فيه القضاء وعدم القضاء والرضا وعدم الرضا. ولو بطل يبطل لا إلى خلف حتى لا يكون المأخوذ منه ضامناً له سلامة البناء ونحوه مثاله إذا أخذ الشفيع الدار بالشفعة فله خيار الرؤية وخيار العيب سواء كان ذلك للمشتري أو لم يكن ولو بنى فيها بناء أو غرس غرساً ثم استحقت الدار والعقار وأمر بقلع البناء والغرس يرجع على من أخذ منه بالثمن ولا يرجع بقيمة البناء والغرس عليه لأنه لم يضمن له سلامة البناء لأنه أخذه على كره منه إن أخذه بقضاء وكذا إذا أخذه بغير قضاء لأنه يستوفي عين حقه لأنه إنما يأخذه بحق متقدّم على البيع لكونه متقدّماً على الدخيل فيستوي فيه القضاء وغير القضاء كالرجوع في الهبة لما كان الراجع أخذ عين حقه بحق متقدّم على الهبة يستوي القضاء والرضا اهـ إتقاني. **قوله: (والمشتري لا يدعي)** أي لأن الشفيع مخير بين أخذ المبيع وتركه فلم يتحقق كونه مدعى عليه

البائع والمشتري أو الوكيل بالشراء مع الموكل في مقدار الثمن أو **المشتري من العدوّ** مع المالك القديم/ في ثمن العبد المأسور وأقاما البينة فإن بينة البائع والوكيل [١٠٩/١ ٣] والمشتري من العدوّ أولى لما فيها من إثبات الزيادة، ولهما أن بينة الشفيع أكثر إثباتاً لأنها ملزمة للمشتري وبينة المشتري ليست بملزمة للشفيع لتخيره بين الأخذ والترك ولأنه لا تنافي بين البينتين في حق الشفيع **لأنه أمكن أن يعمل بهما** بأن يثبت العقدان فيأخذ المشتري بأيهما شاء فلا يصار إلى الترجيح لأن الاشتغال بالترجيح عند تعذر العمل بهما وهو نظير ما إذا اختلف المولى مع عبده فقال المولى قلت لك إذا ادّيت إليّ ألفين فأنت حرّ وقال العبد قلت لي إذا أدّيت إليّ ألفاً فأنت حرّ وأقاما البينة فإن البينة بينة العبد إما لأنها ملزمة أو لأنه لا تنافي فيثبت التعليقان ويعتق العبد بأداء أي المالين شاء بخلاف المسائل المستشهد بها أما البائع والمشتري فلأن كل واحد من البينتين ملزمة حتى يخير كمل واحد منهما ولا يمكن الجمع بينهما حتى يأخذ بأيهما شاء لأن العقد الثاني يكون فسخاً للأوّل في حقهما فلا يأخذ المشتري إلا بالثاني فإذا تعذر الجمع صرنا إلى الترجيح بالزيادة وفيما نحن فيه لا يتعذر الجمع لأنه لا ينفسخ الأول بالعقد الثاني في حق الشفيع فيأخذ بأي العقدين شاء. ولهذا لو باعه المشتري من غيره كان له أن يأخذه بالبيع الثاني إن شاء وإن شاء بالأوّل. وأما الوكيل والموكل فقد روى ابن سماعة عن محمد رحمه اللّه أن البينة بينة الموكل فلا يرد. والفرق على الظاهر أن الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشتري لوقوع المبادلة الحكمية بينهما ولهذا يجري التحالف بينهما فكانت بينة كل واحد منهما ملزمة ولا يمكن العمل بهما فصرنا إلى الترجيح بالزيادة ولا كذلك الشفيع مع المشتري، ولهذا لا يجري التحالف بينهما على ما بينا وأما المالك القديم مع المشتري من العدوّ فقد ذكر في السير الكبير أن البينة بينة المالك القديم، والمعنى فيه أن بينته ملزمة وبينة المشتري من العدوّ غير ملزمة لتخير المالك القديم بين الأخذ والترك فصار كالشفيع **ولئن سلمنا** ففيها العمل بالبينتين غير ممكن في حق المالك القديم لأن البيع الأوّل ينفسخ بالثاني فوجد التعارض فصرنا إلى الترجيح بالزيادة وفي حق الشفيع لا ينفسخ فلم يوجد التعارض.

لأنه هو الذي إذا ترك الدعوى لا يترك والشفيع إذا ترك الدعوى يترك فلم يكن اختلافهما في معنى ما ورد به النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادّا». فلا جرم لم يجب التحالف اهـ إتقاني. **قوله**: (**أو المشتري من العدّو**) أي الحربي اهـ **قوله**: (**لأنه أمكن أن يعمل بهما**) أي لأنه يجوز أن يشتري مرتين مرة بألف ومرة بألفين فأمكن تصديق البينتين اهـ كاكي. **قوله**: (**ولئن سلمنا**) أي أن بينة المشترى أولى

قال رحمه اللّه (وإن ادّعى المشتري ثمناً وادّعى بائعه أقل منه ولم يقبض الثمن **أخذها الشفيع بما قال البائع**) لأن الأمر إن كان كما قاله البائع فالشفيع يأخذه به. وإن كان كما قاله المشتري يكون حطاً عن المشتري بدعواه الأقل وحط البعض يظهر في حق الشفيع على ما بينا في البيوع فيأخذ به. ولأن تملك المشتري بإيجاب البائع فكان القول قوله في مقدار الثمن ما دامت مطالبته باقية فيأخذ الشفيع بقوله. ولو كان ما ادّعاه البائع أكثر مما ادّعاه المشتري تحالفاً وأيهما نكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك لأن النكول كالإقرار بما يدعيه خصمه، وإن حلفا فسخ القاضي العقد بينهما على ما عرف في كتاب الدعوى يأخذها الشفيع بما يقوله البائع لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع لأن حقه ثبت بالبيع فلا يقدران على إبطاله بالفسخ ألا ترى أن الدار إذا ردّت على البائع بعيب لا يبطل حقه وإن كان الردّ بقضاء.

قال رحمه اللّه: (وإن قبض أخذها بما قال المشتري) أي لو كان البائع قبض الثمن أخذها الشفيع بما قال المشتري إذا ثبت ذلك بالبينة أو بيمينه على ما بينا لأن البائع باستيفاء الثمن خرج من البين والتحق بالأجانب لانتهاء حكم العقد به فلا يلتفت إلى قوله فبقي الاختلاف بين الشفيع والمشتري على حاله وقد بينا أن القول فيه قول المشتري. ولو كان قبض الثمن غير ظاهر فقال البائع/ بعت الدار بألف **وقبضت** [١٥٩ب/٣] **الثمن** يأخذها الشفيع بألف لأنه لما بدأ بالإقرار بالبيع تعلقت الشفعة به، لأن إقراره بمقدار الثمن صحيح قبل قبض الثمن وبعده لا يصح على ما بينا، والثمن غير مقبوض ظاهراً لأن الأصل عدم القبض فيبقى حتى يوجد ما يبطله، وبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد إبطال حق الشفيع لأنه إذا قبض الثمن يخرج من البين فيكون أجنبياً فلا يقبل إقراره بمقدار الثمن على ما بينا، فلا يقبل قوله قبضت في حق الشفيع لأنه يريد بذلك أن يجعل نفسه أجنبياً حتى لا يقبل إقراره بمقداره فيردّ عليه فيأخذها المشتري بألف، ولو بدأ بقبض الثمن قبل بيان القدر بأن قال بعت الدار وقبضت الثمن وهو ألف درهم لم يلتفت إلى قوله في مقدار الثمن، لأنه لما أقرّ بقبض الثمن أوّلاً خرج به من البين فصار أجنبياً فلا يعتبر قوله في مقدار الثمن على ما بينا، وقال في النهاية: نظيره ما إذا قال الوصي استوفيت جميع ما للميت على غريمه فلان وهو ألف درهم، وقال الغريم بل كان عليّ ألفا درهم وقد أوفيتك جميع ذلك فالوصي

كما هو ظاهر الرواية اهـ اتقاني. **قوله**: (**أخذها الشفيع بما قال البائع**) أي ولا فرق في ذلك بين أن تكون الدار في يده أو في يد المشتري اهـ إتقاني. **قوله**: (**وقبضت الثمن**) أي: وقال

ضامن للألف **ولا شيء له على الغريم** ولو قال: استوفيت منه ألف درهم وهو جميع ما للميت عليه فقال فلان: كان عليّ ألفا درهم وقد أوفيتك الكل فللوصي أن يرجع عليه بألف أخرى لأنه لما بين قبض الجميع صار أجنبياً فلا يقبل بيان قدره بعده وما لم يبين أنه قبض الجميع لا يكون أجنبياً فيقبل قوله في بيان قدره فيكون القول لخصمه لإنكاره في الأولى دون الثانية.

قال رحمه اللّه: (وحط البعض يظهر في حق الشفيع لا حط الكل والزيادة) أي حط بعض الثمن يظهر في حق الشفيع **حتى يأخذه بما بقي** ولا يظهر حط الكل في حقه ولا الزيادة على الثمن بعد عقد البيع حتى لا تلزمه الزيادة ولا يسقط عنه شيء من الثمن فيأخذه بجميع المسمى عند العقد لأن الحط لما التحق بأصل العقد صار الباقي هو الثمن، كأنه لم يسم غير ذلك ولا فرق في ذلك بين أن يكون الحط قبل أخذه بالشفعة أو بعده، لوجود الالتحاق في الصورتين فيرجع الشفيع على المشتري بالزيادة إن كان أوفاه الثمن. ولو حط بعض الثمن بعد تسليمه الشفعة كان له أن يأخذها بالباقي لأنه تبين له أن الثمن أقل فلا يصح تسليمه بخلاف حط الكل حيث

المشتري بألفين اهـ غاية. **قوله: (ولا شيء له على الغريم)** أي مؤاخذة لكل منهما بإقراره تأمل تدر اهـ **قوله: (حتى يأخذه بما بقي)** هذا إذا حط البائع، أما إذا حط وكيل البائع عن المشتري بعض الثمن صح حطه ويضمن قدره للبائع ولا يكون ذلك حطاً عن الشفيع لأن حط الوكيل لا يلتحق بأصل العقد اهـ فتاوى قاضيخان. وكتب ما نصه: قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي: وإن زاد البائع في الثمن زيادة بعد العقد أخذ الشفيع الدار بالثمن الأوّل فلا يصح تفسيرهما في حقه وكذلك لو باعها المشتري من آخر بثمن أكثر من ذلك كان للشفيع أن يأخذها بالثمن الأوّل من المشتري الآخر ويرجع المشتري الآخر على البائع الثاني بما بقي له لأن حق الشفيع تعلق بالعقد الأوّل وتكون العهدة على المشتري الأوّل لأنه أخذه بقضية العقد الأوّل ومتى انتقض العقد الثاني لم يسلم للمشتري الدار فيرجع بالثمن وقد وصل إليه بعضه من يد الشفيع فيرجع بالبقية على بائعه إن كان قد دفع الثمن إليه ولو أخذه بالبيع الثاني كان له ذلك ولا يكون تسليماً للبيع الأوّل وهو يصلح سبباً لاستحقاق الشفعة كالبيع الأوّل. ومتى أخذه بالشراء الثاني من يد المشتري الآخر كانت العهدة عليه ولا يرجع على بائعه بشيء لأنه وصل إليه تمام حقه وكذلك لو وهبها المشتري وسلمها أو رهنها أو تزوّج عليها امرأة كان للشفيع أن يبطل ذلك كله ويأخذها بالشفعة الأولى لأن هذه التصرفات تبطل حقه في البيع الأوّل فكان له حق النقض ليعيدها على ملك المشتري ويأخذ بالحق الذي له وهذا بخلاف المشتري شراء فاسداً إذا تصرف شيئا من هذه التصرفات لا يكون للبائع حق النقض وإن كان حق الاسترداد ثابتاً له لأنه فعل ما فعل

لا يلتحق بأصل العقد لأنه لو التحق لكان هبة أو بيعاً بلا ثمن وهو فاسد فلا شفعة فيهما. وكذلك الزيادة تلتحق بأصل العقد وإنما لا تظهر في حق الشفيع لأنه استحق أخذها بالمسمى قبل الزيادة فلا يملك إبطال حقه الثابت له فلا يتغير العقد في حقه كما لا يتغير بتجديدهما العقد لما يلحقه بذلك من الضرر ويلتحق به في نفسه لأن له ولاية على نفسه دون الشفيع بخلاف بيع المرابحة والتولية حيث تصح الزيادة في حقه أيضاً حتى جاز بناؤهما عليها لأنه ليس فيه إبطال حق أحد لأن المشتري لا يستحق عليه أحد بيع المرابحة فيلتحق في حقهما بأصل العقد. وفيه خلاف زفر والشافعي رحمهما الله وقد بيناه في البيوع وبينا الحجج من الجانبين.

قال رحمه الله: (وإن اشترى داراً بعرض أو عقار **أخذها الشفيع بقيمته** وبمثله لو مثلياً) لأن الشفيع يتملكها بمثل ما تملكها المشتري به ثم المثل لا يخلو إما أن يكون مثلاً له صورة ومعنى كالمكيل والموزون والعددي المتقارب أو معنى لا صورة وهو ما عدا ذلك فيعتبر ذلك المثل كما في ضمان العدوان فيأخذ به، لأنه بدل لها ولهذا لو اشتراها بعقار **يأخذ كل واحد منهما بقيمة الآخر**.

قال رحمه الله: (**وبحال لو مؤجلاً** أو يصبر حتى يمضي الأجل فيأخذها) أي يأخذها من المشتري بثمن حال إذا كان الثمن مؤجلاً أو يصبر حتى يمضي الأجل فيأخذها عند ذلك وليس له أن يأخذها في الحال بثمن مؤجل. وقال زفر **والشافعي** ومالك رحمهم الله له ذلك/ لأن للشفيع حق الأخذ بالثمن الذي يملك به المشتري [١٦٠ أ/٣] بصفته والأجل صفة للدين، ألا ترى أنه يقال دين مؤجل ودين حال. ولنا أن الأجل يثبت بالشرط وليس من لوازم العقد فاشتراطه في حق المشتري لا يكون اشتراطاً في حق الشفيع كالخيار والبراءة من العيوب، ورضاه به في حق المشتري لا يدلنا على رضاه به في حق الشفيع لتفاوت الناس فيه. ولا نسلم أنه وصف للدين لأن الأجل حق

بتسليطه فجاز أن لا يكون له حق النقض لتعلق حق الغير به بخلاف الشفيع وليس لأحد من هؤلاء على الشفيع شيء من الثمن إنما الثمن للمشتري الأوّل لأن التملك وقع عليه ولا يأخذ الدار حتى ينقد الثمن لأنه عند تحوّل الصفقة إليه نزل منزلة المشتري والمشتري منزلة البائع فلا يكون بسبيل من أخذه حتى يصل الثمن إلى بائعه اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (أخذها الشفيع بقيمته)** ويعتبر قيمة ذلك الشيء وقت الشراء لا وقت الأخذ اهـ منافع. **قوله: (يأخذ كل واحد منهما بقيمة الآخر)** أي يأخذ شفيع كل واحد منهما مشفوعة بقيمة الآخر اهـ منافع. **قوله في المتن: (وبحال لو مؤجلاً)** وهذا إذا كان الأجل معلوماً أما إذا كان مجهولاً كالحصاد والدياس ونحو ذلك، وقال الشفيع أنا أعجل الثمن وآخذها لم يكن له ذلك لأن الشراء بالأجل المجهول فاسد وحق الشفيع لا يثبت في الشراء الفاسد كذا في

المطلوب والدين حق الطالب، ولو كان وصفاً له لاستحقه الطالب، ولهذا لو باع ما اشتراه بثمن مؤجل مرابحة أو تولية لا يثبت الأجل من غير شرط ولو كان صفة له لثبت ثم إن أخذها من البائع بثمن حال سقط الثمن عن المشتري لتحوّل الصفقة إلى الشفيع على ما بينا من قبل ورجع البائع على الشفيع بثمن حال وإن أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل لأن الأجل ثبت بالشرط فلا يبطل بأخذه الشفيع بثمن حال كما لا يبطل ببيعه المشتري بثمن حال وإن اختار الانتظار كان له ذلك لأن له أن لا يلتزم الضرر الزائد، وقوله: أو يصبر أي عن الأخذ، وأما الطلب فلا بدّ منه في الحال حتى لو سكت ولم يطلب بطلت شفعته عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما اللّه، وبه كان يقول أبو يوسف رحمه اللّه أوّلاً، ثم رجع عنه وقال لا تبطل شفعته بالتأخير إلى حلول الأجل لأن الطلب ليس بمقصود لذاته بل للأخذ وهو لا يتمكن منه في الحال بثمن مؤجل فلا فائدة في طلبه في الحال فلا يكون سكوته دليل الإعراض، ولهما أن حق الشفيع قد ثبت، ولهذا كان له أن يأخذه بثمن حال ولولا أن حقه ثابت لما كان له الأخذ في الحال والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل الشفعة.

قال رحمه اللّه: (**وبمثل الخمر وقيمة الخنزير** إن كان الشفيع ذمّياً وبقيمتهما لو مسلماً) أي لو اشترى ذمي من ذمي عقاراً بخمر أو خنزير فإن كان شفيعه ذمياً أخذه بمثل الخمر وقيمة الخنزير لأن هذا البيع يقضي بصحته فيما بينهم، فإذا صح ترتب عليه أحكام البيع ومن جملة الأحكام وجوب الشفعة به فيستحقه ذمياً كان الشفيع

الذخيرة اهـ غاية. **قوله: (والشافعي)** أي في القديم اهـ هداية. **قوله في المتن: (وبمثل الخمر وقيمة الخنزير إلخ)** قال في الهداية: والمسلم والذمي في الشفعة سواء قال الإتقاني قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره: وأهل الإسلام في استحقاق الشفعة وأهل الذمة والمستأمنون من أهل الحرب والعبيد المأذون لهم في التجارة والأحرار والمكاتبون والمعتق بعضه في وجوب الشفعةلهم وعليهم سواء وكذلك النساء والصبيان فيما وجب لهم أو وجب عليهم من ذلك والخصماء فيما يجب على الصبيان آباؤهم فإن لم يكونوا فأوصياء الآباء فإن لم يكونوا فالأجداد من قبل الأب فإن لم يكونوا فأوصياء الأجداد فإن لم يكونوا فالإمام أو الحاكم يقيم لهم من ينوب عنهم فيه وأهل العدل. وأهل البغي في الشفعة أيضاً سواء إلى هنا لفظ الكرخي رحمه اللّه قال القدوري في شرحه. وقال ابن شبرمة: لا شفعة للكافر، وقال الخرقي: من أصحاب أحمد بن حنبل ولا شفعة لكافر على مسلم ولنا ما روي أن شريحاً قضى لذمي على مسلم بالشفعة فكتب بذلك إلى عمر بن الخطاب فأجازه ولأنه حق متعلق بالبيع فاستوى فيه المسلم والذمي كالردّ بالعيب اهـ

أو مسلماً غير أن الذمي لا يتعذر عليه تسليم الخمر فيأخذه بها لأنها من ذوات الأمثال والمسلم لا يقدر على ذلك لكونه ممنوعاً من تمليكها وتملكها فيجب عليه قيمتها كما في ضمان العدوان، والخنزير من ذوات القيم فيجب عليهما قيمته، ولا يقال قيمة الخنزير تقوم مقام عينه فوجب أن يحرم على المسلم تمليكه بخلاف قيمة الخمر على ما عرف في موضعه، لأنا نقول إنما يحرم عليه تمليكها إذا كانت القيمة بدلاً عن الخنزير، وأما إذا كانت بدلاً عن غيره فلا يحرم وهنا بدل عن الدار لا عن الخنزير وإنما الخنزير يقدر بقيمته بدل الدار فلا يحرم عليه تمليكها بل يملكها بأن أسلم المشتري قبل أخذ الشفيع الدار بالشفعة فإن الشفيع يأخذها بقيمة الخنزير **ولو كان شفيعها مسلماً وذمياً** أخذ كل واحد منهما النصف بما ذكرنا من قيمة الخمر أو مثلها اعتبارا للبعض بالكل، ولو أسلم الذمي صار حكمه كحكم المسلم من الابتداء فيأخذها بقيمة الخمر والخنزير كما إذا كان الثمن مثلياً فانقطع قبل الأخذ بالشفعة فإنه يأخذها بقيمته للتعذر كذا هذا، **والمستأمن كالذمي** في جميع ما ذكرنا من الأحكام لالتزامه أحكامنا مدّة مقامه في دارنا فصار كالذمي في تلك المدة ولا فرق بين أن يكون المشتري دار أو بيعة أو كنيسة فإن الشفيع يأخذه بالشفعة لأن ملك الذمي فيها ثابت إذا كان يعتقد أن ملكه لا يزول بجعله بيعة أو كنيسة وإن كان يعتقد أنه يزول فكذلك أيضاً لأنه بإقدامه على بيعها صار معتقداً جواز بيعها، والذمي إذا دان بديننا ينفذ تصرفه على مقتضى ديننا، وإن كان في دينهم/ لا يجوز، ولهذ [١٦٠ ب/٣] إذا ترافعوا إلينا نحكم بينهم بأحكامنا، **والمرتد لا شفعة له**، وطريق معرفة قيمة الخمر

وكتب ما نصه: ثم قيد شراءه بالخمر والخنزير احترازاً عما اشتراه بالميتة فالبيع باطل ولا شفعة فيه اهـ كاكي. قوله: بالميتة أو دم اهـ إتقاني. وقوله: ولا شفعة فيه أي لأن الشفعة لا تجب بالبيع الباطل اهـ (فرع) المسلم إذا اشترى في دار الحرب داراً وشفيعها مسلم لا شفعة فيها وإن أسلم أهلها لأن أحكامنا غير جارية فيها فلا شفعة حال البيع كذا في الشامل اهـ إتقاني. **قوله**: (**ولو كان شفيعها مسلماً وذمياً إلخ**) قال الإتقاني: وإذا اشتراها بخمر وشفيعها كافر ومسلم فهما سواء في الشفعة لأنهما سواء في علته ويأخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والكافر نصفها بمثل نصف الخمر لأن الأخذ بالمثل يمكن في حقه فإن أسلم قبل أن يأخذها لم تبطل شفعته لأن الإسلام ليس بمبطل للحقوق ولكن يأخذ بقيمة الخمر كالمسلم الأصلي سواء اهـ **قوله**: (**والمستأمن كالذمي**) أي في حق الشفعة اهـ غاية. **قوله**: (**والمرتد لا شفعة له**) قال الإتقاني وقال: أي في الشامل باع المرتد داراً ثم قتل لا شفعة فيها عند أبي حنيفة خلافاً لهما لأن عند أبي حنيفة تصرف المرتد موقوف. فإذا اتصل به الموت يحكم بأنه لم يكن صحيحاً وعند أبي يوسف هو بمنزلة مريض وعند

والخنزير بالرجوع إلى ذمي أسلم أو فاسق تاب، ولو أسلم أحد المتعاقدين **والخمر غير مقبوضة** انتقض البيع لأن الإسلام يمنع قبضها ولكن لا تبطل الشفعة لأنها وجبت بالبيع **فلا تبطل بانتقاضه** كما إذا اشترى داراً بعبد فهلك العبد قبل القبض فإن البيع ينتقض بهلاكه ولكن لا تبطل الشفعة فيأخذها الشفيع بقيمة العبد.

قال رحمه اللّه: (وبالثمن وقيمة البناء والغرس لو بنى المشتري أو غرس أو كلف المشتري قلعهما) أي إذا بنى المشتري أو غرس في الأرض المشفوعة ثم قضي للشفيع بالشفعة فالشفيع بالخيار إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء الغرس مقلوعاً وإن شاء كلف المشتري قلعهما فيأخذ الأرض فارغة وعن أبي يوسف رحمه اللّه أنه لا يكلفه بالقلع ولكنه بالخيار إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وإن شاء ترك. وبه قال مالك والشافعي رحمهما اللّه لأنه ليس بمتعدّ في البناء والغرس لثبوت ملكه فيه بالشراء فلا يعامل بأحكام العدوان فصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسداً وكما إذا زرعها المشتري فإن كان واحد منهم لا يكلف القلع لتصرفه في ملكه فكذا المشتري في المشفوعة، ولهذا لا يكلف قلع الزرع، وهذ لأن ضرر الشفيع بإلزام قيمة البناء والغرس أهون من ضرر المشتري بالقلع لأن الشفيع يحصل له بمقابلة القيمة عوض وهو البناء والغرس فلا يعد ضرراً ولم يحصل للمشتري بمقابلة القلع شيء فكان الأوّل أهون فكان أولى بالتحمل، ووجه ظاهر الرواية أنه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن إذا بنى في المرهون وإنما قلنا ذلك لأن حق الشفيع أقوى من حق المشتري، ولهذا تنقض جميع تصرفات المشتري **حتى الوقف والمسجد** والمقبرة بخلاف بناء الموهوب له على قول أبي حنيفة رحمه اللّه والمشتري شراء فاسداً لأنه بتسليط منه ولا تسليط من الشفيع

محمد هو بمنزلة من عليه القصاص تصرفه صحيح فكذلك هذا فلو أسلم قبل اللحاق جاز بيعه. وللشفيع الشفعة بالإجماع لما عرف وقال أيضاً اشترى المسلم داراً والمرتد شفيعها فقتل لا شفعة له ولا لورثته لأنه بالقتل تبين أنه في حكم من زال ملكه في وقت البيع ولا لورثته لأن الملك ليس بثابت لهم حقيقة. وقال أيضاً اشترى المرتد ثم قتل لم تبطل شفعة الشفيع لأن شفعته متعلقة بالخروج من ملك البائع وقد خرج اهـ إتقاني. **قوله: (والخمر غير مقبوضة)** أي والدار غير مقبوضة أو مقبوضة اهـ غاية. **قوله: (فلا تبطل بانتقاضه)** أي ثم يأخذها الشفيع بقيمة الخمر إن كات مسلماً أو كان المأخوذ منه مسلماً اهـ غاية. **قوله: (حتى الوقف إلخ)** سيأتي أيضاً في كلام الشارح عند قوله في باب ما تبطل به الشفعة وبموت الشفيع اهـ **قوله: (والمسجد إلخ)** قال الإتقاني نقلاً عن شرح الطحاوي ولو جعلها المشتري مسجداً أو مقبرة تدفن فيها الموتى أو رباطاً ثم جاء الشفيع كان له أخذها وإبطال

هنا ولأن حق الاسترداد للواهب والبائع ضعيف، ولهذا لا ينقض تصرفهما فلا يبقى بعد البناء وحق الشفيع قوى فيبقى بعده كما يقلع المستحق بناء المغرور وغرسه وله أن يأخذه بقيمة مقلوعاً كالمستحق ولا مساواة بين الحقين حتى يرجح بزيادة الضرر لأن الترجيح إنما يصار إليه عند التساوي وربما لا يوافقه فيحتاج إلى قلعه فيلحقه ضرر زائد **وفي الزرع القياس أن يقلع** إلا أنا استحسنا وقلنا لا يقلع لأن له نهاية معلومة كيلا يتضرر المشتري بالقلع من غير عوض وليس على الشفيع كبير ضرر بالتأخير لأنه يترك بأجر.

قال رحمه الله: (**وإن فعلهما الشفيع فاستحقت** رجع بالثمن فقط) معناه أن الشفيع لو أخذ الأرض بالشفعة فبنى فيها أو غرس ثم استحقت فكلف المستحق الشفيع بالقلع فقلع البناء والغرس رجع الشفيع على المشتري بالثمن لأنه تبين أن المشتري أخذ الثمن من الشفيع بغير حق لأن الأرض لم تكن في ملكه فيستردّ منه الثمن ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع إن كان أخذها منه ولا على المشتري إن أخذها منه، معناه لا يرجع بما نقص بالقلع وعن أبي يوسف رحمه اللّه أنه يرجع به لأنه متملك عليه فكان كالمشتري. ووجه الظاهر وهو الفرق بينه وبين

كل ما صنع المشتري فيها اهـ **قوله**: (**وفي الزرع القياس أن يقلع**) قال الإتقاني: ولو أن المشتري زرع في الأرض ثم حضر الشفيع فإن المشتري لا يجبر على قلعه بالإجماع ولكنه ينظر إلى وقت الإدراك ثم يقضي للشفيع اهـ **قوله في المتن**: (**وإن فعلهما الشفيع فاستحقت إلخ**) قال في الهداية: ولو أخذها الشفيع فبنى فيها أو غرس ثم استحقت رجع بالثمن لأنه تبين أنه أخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع إن أخذ منه ولا على المشتري إن أخذها منه وعن أبي يوسف أنه يرجع لأنه متملك عليه فنزلا منزلة البائع والمشتري. والفرق على ما هو المشهور أن المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لأنه مجبور عليه اهـ قال الإتقاني: قال الكرخي في مختصره: وإذا اشترى الرجل داراً فأخذها الشفيع بالشفعة فبناها ثم استحقت الدار فإن المستحق يأخذ الدار، ويقال للشفيع إهدام بناءك ولا يرجع على المشتري بقيمة البناء إن كان أخذ الدار من يده لأنه ليس بمغرور وهو أدخل نفسه في الأخذ بالشفعة وأجبر من كانت في يده على تسليم ذلك إليه وهذه الرواية المشهورة وهي رواية محمد في الأصول ولم يحك عن أحد من أصحابنا خلافاً وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف قال: سمعت أبا يوسف سئل عن رجل اشترى داراً وأخذها رجل بالشفعة فاستحقت الدار من يده وقد بنى فيها على من يرجع بقيمة البناء قال على الذي قبض الثمن وكذلك روى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أن الشفيع يرجع على المشتري بقيمة البناء إلى هنا لفظ

المشتري أن المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط للشفيع من جهة المشتري لأن الشفيع أخذها منه جبراً، ونظيره الجارية المأسورة إذا أخذها المالك القديم من مالكها الجديد بقيمتها أو بالثمن فاستولدها ثم استحقت من يده وضمن قيمة الولد رجع عليه بما دفع إليه من القيمة أو الثمن ولا يرجع بقيمة/ الولد لأنه لم يغرّه بخلاف ما لو كان مشترياً حيث يرجع بهما على البائع لأنه مغرور من جهته. [١٦١ أ/٣]

قال رحمه الله: (وبكل الثمن إن خربت الدار أو جف الشجر) ومعناه لو اشترى أرضاً فيها بناء أو غرس فانهدم البناء من غير صنع أحد يأخذها الشفيع بكل الثمن ولا يسقط من الثمن شيء لأنهما تابعان للأرض حتى يدخلان في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن، ولهذا يبيعهما في هذه الصورة مرابحة من غير بيان بخلاف ما إذا تلف بعض الأرض بغرق **حيث يسقط من الثمن بحصته** لأن الفائت بعض الأصل هذا إذا انهدم البناء ولم يبق له نقض ولا من الشجر شيء من حطب أو خشب. وأما إذا بقي شيء من ذلك وأخذه المشتري لانفصاله من الأرض حيث لم يكن تبعاً

الكرخي. **قوله: (حيث يسقط من الثمن بحصته)** أي لأن الأرض ليس بعضها بتبع لبعض فإذا لم يسلم للشفيع سقطت حصتها بكل حال والبناء تبع للأرض فإذا سلم للمشتري سقط حصته وإن لم يسلم له لم يسقط اهـ إتقاني. (فرع) قال الشيخ الإمام أبو الحسن الكرخي في مختصره قال بشر بن الوليد وعلي بن الجعد: سمعنا أبا يوسف قال في رجل اشترى داراً فهدم بناءها فباعه ثم جاء شفيعها فإنه يقسم الثمن على قيمة البناء مبنياً وعلى قيمة الأرض فما أصاب الأرض يأخذها الشفيع بذلك هكذا قال أبو حنيفة. وكذلك لو نزع باباً من الدار فباعه. ولو احترق البناء حتى ذهب أو غرق من غير فعله حتى ذهب فلم يبق منه شيء فإن أبا حنيفة قال في ذلك يأخذ الشفيع بجميع الثمن أو يترك فإن انهدم البناء فكان على الأرض مهدوماً فإن الثمن يقسم على قيمة البناء مهدوماً وعلى قيمة الأرض فيأخذ الشفيع الأرض بما أصابها ولا سبيل له على البناء إذا زايل الأرض إلى هنا لفظ الكرخي في مختصره قال القدوري في شرحه: أما وجوب الشفعة في البناء المتصل فلأنه في حكم الجزء من العرصة بدلالة دخوله في العقد من غير تسمية. وأما إذ هدمه فلا شفعة فيه عندنا ومن أصحاب الشافعي من قال يأخذه مع الدار وهذا فاسد لأنه منفصل عما تعلقت به الشفعة فلم يكن للشفيع أخذه كالثمر. وأما إذا هدمه المشتري أو هدمه أجنبي أو انهدم بنفسه ولم يهلك فإن الشفيع يأخذ الأرض بحصتها فإن احترق بغير فعل أحد أخذها الشفيع بكل الثمن وللشافعي قولان. أحدهما يأخذها بجميع الثمن والآخر أنه يأخذها بالحصة في الجميع أما إذا احترق البناء فلأن حق الشفيع مع المشتري كحق المشتري مع

للأرض فلا بدّ من سقوط بعض الثمن بحصة ذلك لأنه عين مال قائم بقي محتبساً عند المشتري فيكون له حصة من الثمن فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد وعلى قيمة النقض يوم الأخذ.

قال رحمه اللّه: (وبحصة العرصة إن نقض المشتري البناء) أي يأخذ الشفيع العرصة بحصتها من الثمن إن نقض المشتري البناء لأنه صار مقصوداً بالإتلاف والتبع إذا صار مقصوداً به يقابله شيء من الثمن بخلاف الأوّل لأن الهلاك فيه بآفة سماوية فإذا كان له حصة من الثمن يقسم الثمن على قيمة الأرض والبناء يوم العقد عليها بخلاف المسألة الأولى وهو ما إذا انهدم بنفسه وكان النقض باقياً حيث يعتبر فيها قيمة النقض يوم الأخذ بالشفعة، لأنه صار له قيمة بالحبس ونقض الأجنبي بناء كنقض المشتري.

قال رحمه اللّه: (والنقض له) أي النقض للمشتري لأن الشفيع إنما كان يأخذه بطريق التبعية للعرصة وقد زالت بالانفصال.

قال رحمه اللّه: (وبثمرها إن ابتاع أرضاً ونخلاً و تمراً أو أثمر في يده) أي يأخذها الشفيع مع ثمرها إن كان المشتري اشترى الأرض مع ثمرها بأن شرطه في البيع أو أثمر عند المشتري بعد الشراء لأن الثمر لا يدخل في البيع إلا بالشرط لأنه ليس بتبع بخلاف النخل. والقياس أن لا يكون له أخذ الثمر لعدم التبعية كالمتاع الموضوع فيها. ووجه الاستحسان أنه بالاتصال خلقه صار تبعاً من وجه ولأنه متولد من المبيع فيسري إليه الحق الثابت في الأصل الحادث قبل الأخذ كالمبيعة إذا ولدت قبل القبض فإن المشتري يملك الولد تبعاً للأم كذا هذا.

قال رحمه اللّه: (وإن جدّه المشتري سقط حصته من الثمن) أي في الفصل الأوّل وهو ما إذا اشتراها بثمرها بالشرط فكان له فيسقط من الثمن بحصته وإن هلك بآفة سماوية فكذلك، لأنه لما دخل بالتسمية صار أصلاً فيسقط بحصته من الثمن بفواته. **وأما في الفصل الثاني** فيأخذ الأرض والنخل بجميع الثمن لأن الثمر لم يكن

البائع ومعلوم أن البناء إذا احترق في يد البائع كان المشتري بالخيار إن شاء أخذ بجميع الثمن أو ترك فكذلك هذا ولأنه نقص دخل في المبيع بغير فعل آدمي فصار كما لو وهي البناء أو تشقق الحائط وأما إذا هدم المشتري فالاتباع لا حصة لها بالعقد ولها حصة بالقبض ولهذا لو هدم البائع البناء سقطت حصته عن المشتري فكذلك إذا هدمه أجنبي لأن العوض يسلم للمشتري فكأنه باعه وكذلك إذا انهدم بنفسه ولم يهلك لأن الشفعة سقطت عنه وهو عين قائمة فلا يجوز أن يسلم للمشتري بغير شيء إلا أنه قال في المشتري إذا هدمه أو هدمه أجنبي أن الثمن يقسم على قيمته قائماً لأنه يدخل في ضمان المشتري

موجوداً عند العقد فلا يدخل عند الأخذ في المبيع إلا تبعاً فلا يقابله شيء من الثمن، وكان أبو يوسف رحمه اللّه يقول: أوّلا يحط عنه من الثمن في الفصل الثاني أيضاً لأن حال المشتري مع الشفيع كحال البائع مع المشتري قبل قبض المبيع. ولو أكل البائع الثمر الحادث بعد العقد سقط حصته من الثمن فكذا هنا، ثم رجع إلى ما ذكر في الكتاب من أنه لا يسقط شيء من الثمن لأن الشفيع يأخذ بما قام على المشتري وهو قام عليه المبيع بدون الثمر بجميع الثمن فيأخذه به، وهذا لأن الحادث من الثمر بعد القبض لا حصة له من الثمن بخلاف ما إذا كانت موجودة عند العقد لأنها تدخل قصداً على ما بينا، وبخلاف الحادثة قبل القبض عند البائع لأنها حدثت على ملك المشتري ويكون لها حصة من الثمن إذا صارت مقصودة بورود القبض عليها أو بالاستهلاك وليس للشفيع أن يأخذ الثمر بعد الجداد في الفصلين لزوال التبعية بالانفصال قبل الأخذ واللّه أعلم بالصواب.

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

[١٦١ ب/٣] قال رحمه اللّه: (إنما تجب الشفعة/ في عقار ملك بعوض هو مال) قوله: في عقار يتناول ما يقسم وما لا يقسم. وقال الشافعي رحمه اللّه لا تجب فيما لا يقسم كالبئر والرحا والحمام والنهر والطريق، وهذ مبني على أن الشفعة تجب لدفع أجرة القسام عنده. وعندنا لدفع ضرر سوء العشرة على الدوام فبنى كلٌّ على قاعدته. والنصوصُ تشهد لنا لأنها مطلقة فتتناول ما يقسم وما لا يقسم. واحترز بقوله بعوض عما إذا ملك بالهبة فإن الشفعة لا تجب فيها. وبقوله هو مال عما إذا ملك بعوض هو غير مال كالمهر والخلع والصلح عن دم العمد والعتق ونحو ذلك فإن الشفعة لا تجب في هذه الأشياء على ما نبينه من قريب.

قال رحمه اللّه: (لا في عرض وفلك) أي لا تجب الشفعة في عرض وسفينة. وقال مالك رحمه اللّه: تجب في السفينة لأنها تسكن كالعقار ولنا ما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال: «لا شفعة إلا في دار ربع أو حائط»[١]. ولأن الأخذ بالشفعة ثبت بالنص على خلاف القياس في العقار فلا يجوز إلحاق المنقول به لأنه ليس في معنى العقار وهذا لأن الشفعة إنما شرعت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام، وما ينقل ويحوّل لا يدوم فلا يدوم الضرر فيه كما يدوم في العقار، لأن المنقول يشترى

بالإتلاف وهو على هذه الصفة فأما إذا انهدم بنفسه فلم يدخل في ضمان أحدهما فاعتبر

(١) تقدم تخريجه.

للبيع عادة ولمصلحة المعاش ثم يخرجه عن ملكه إذا قضى وطره ولا كذلك العقار.

قال رحمه الله: (وبناء ونخل بيعاً بلا عرصة) لأنهما منقولان فلا تجب فيهما إذا بيعا بلا أرض وإن بيعا مع الأرض تجب فيهما الشفعة تبعاً للأرض **بخلاف العلو** حيث يستحق بالشفعة ويستحق به السفل على أنه مجاوره وذلك إذا لم يكن طريقه طريق السفل، وإن كان طريقهما واحداً يستحق بالطريق الشفعة على أنه خليط في الحقوق وهو الطريق، لأن حق التعلي يبقى على الدوام وهو غير منقول فتستحق به الشفعة كالعقار ولا كذلك البناء والنخل فلا تستحق بهما الشفعة.

قال رحمه الله: (ودار جعلت مهراً أو أجرة أو بدل خلع أو بدل صلح عن دم عمد أو عوض عتق أو وهبت بلا عوض مشروط) لأن الشرع لم يشرع التملك بالشفعة إلا بما تملك به المشتري صورة ومعنى أو معنى بلا صورة، ولا يمكن ذلك إذا تملك العقار بهذه الأشياء لأنها ليست بأموال ولا مثل لها حتى يأخذه الشفيع بمثلها فلا يمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بما تملك به المشتري فلم يكن مشروعاً، وعند الشافعي رحمه الله تجب فيها الشفعة لأن هذه الأعواض متقومة عنده فيؤخذ بقيمتها عند تعذر الأخذ بمثلها كما في البيع بعوض، ألا ترى أنها مضمونة بها شرعاً والضمان يكون بالقيمة فهذا يدل على أنه جعله قيمة لها بخلاف الهبة بلا عوض لتعذر الأخذ بلا عوض إذ هو غير مشروع، وقوله: يتأتى فيما إذا

قيمته على حاله مهدوماً اهـ إتقاني. **قوله**: (**وأما في الفصل الثاني**) أي وهو ما إذا أثمر في يده اهـ

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

قوله: (**بخلاف العلو**) أي عدم وجوب الشفعة في البناء بخلاف العلو فإن الشفعة تجب فيه. قال الكرخي في مختصره: وإن بيع سفل عقار دون علوه أو علوه دون سفله أو هما وجبت فيه الشفعة بيعاً جميعاً أو كل واحد منهما على انفراده. وقال أبو يوسف: إن وجوب الشفعة في السفل والعلو استحسان، روى ذلك عنه ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد إلى هنا لفظ الكرخي رحمه الله، قال القدوري في شرحه: أما إذا بيعا جميعاً فلا شفعة فيه لأنه باع العرصة بحقوقها فتتعلق الشفعة بجميع ذلك وأما إذا باع السفل دون العلو فلقوله عليه الصلاة والسلام: «لا شفعة إلا في ربع»[1] ولأن التأذي يخاف فيها على وجه الدوام وأما العلو فلأنه حق متعلق بالبقعة على التأييد وهو كنفس البقعة والذي قاله أبو يوسف من الاستحسان إنما هو العلو إذ كان القياس أن لا تجب فيه

---

(١) تقدم تخريجه.

وقعت هذه الأشياء في جزء شائع من العقار من أحد الشريكين لأنه لا شفعة عنده إلا للشركاء، ولنا أن المستحق بهذه العقود ليست بمال ولا هي مثل المال لا صورة ولا معنى، فلم يصلح المال قيمة لها لأن قيمة الشيء ما يقوم مقامه لاتحادهما في المقصود ولا اتحاد في المقصود بين المال وبين هذه الأشياء فلا تكون قيمة لها غير أن الشارع جعلها مضمونة بالمال إما لخطرها أو للضرورة فلا تتعدى موضعها لأن ما ثبت للضرورة يقتصر عليها ولا ضرورة في حق ثبوت الشفعة فلا تكون متقومة في حقه فيكون المأخوذ بمقابلتها بمنزلة الموهوب بلا عوض، ولأن الشفيع يتملك بما يتملك به المشتري من السبب لا بسبب آخر وهنا لو أخذه كان يأخذه بسبب آخر غير الأول، لأن الأول نكاح أو إجارة أو غير ذلك وليس ببيع أصلاً، ولو أخذه لكان بيعاً وفيه إنشاء تصرف غير الأول، والأخذ بالشفعة لم يشرع إلا بالسبب الأول، ولهذا تتحول الصفقة إليه قبل القبض، وفي هذه العقود لا يمكن ذلك، فلا تكون الشفعة فيها مشروعة لأنه ليس بمورد النص ولا هو في معناه فيمتنع/ الإلحاق، **ولو تزوّجها بغير مهر** ثم فرض لها عقاراً مهراً لم تكن فيها الشفعة لأنه تعيين لمهر المثل وهو مقابل بالبضع بخلاف ما لو باعها العقار بمهر مثلها أو بالمسمى عند العقد أو بعده حيث تثبت فيه الشفعة لأنه مبادلة مال بمال لأن ما أعطاها من العقار بدل عما في ذمّته من المهر. ولو تزوجها على دار على أن تردّ عليه ألف درهم فلا شفعة في جميع الدار عند أبي حنيفة رحمه اللّه، وقالا: تجب في حصة الألف لأنه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع، ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الأصل فكذا في التبع، ولأن الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة دون التبع، **ألا ترى أن المضارب إذا باع داراً** وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح **لكونه تابعاً فيه**.

[١٦٢/١ ٣/]

الشفعة لأنه لا يبقى على وجه الدوام وإنما استحسنوا لأن حق الوضع متأبد فهو كالعرصة اهـ إتقاني. وكتب ما نصه: قال الكرخي في مختصره: ولو أن رجلاً له علو في دار وطريقه في دار أخرى إلى جنبها فباع صاحب العلو علوه فأصحاب الدار الذي فيه الطريق أولى بالشفعة إلى هنا لفظ الكرخي، ذلك أنهم شركاء في الطريق وصاحب الدار التي فيها العلو جار والشريك في الطريق أولى من الجار ولو ترك صاحب الطريق الشفعة وللعلو جار ملاصق أخذه بالشفعة مع صاحب السفل لأن كل واحد منهما جار للعلو والتساوي في الجوار يوجب التساوي في الشفعة كذا ذكر القدوري اهـ إتقاني. **قوله: (ولو تزوجها بغير مهر إلخ)** قال في شرح الكافي: وكذلك لو تزوج امرأة بغير مهر ثم فرض لها داراً مهراً أو صالحها على أن جعلها لها مهراً أو أعطاها إياها مهراً لم يكن فيها شفعة لأنه في هذه الوجوه كلها تكون

قال رحمه اللّه: **(أو بيعت بخيار للبائع)** لأن خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه وبقاء ملكه يمنع وجوب الشفعة لأن شرط وجوبه أن يخرج عن ملكه فإن أسقط الخيار **وجبت الشفعة** فيه لوجود السبب وزوال المانع، ثم في الأصح يشترط الإشهاد عند سقوط الخيار لأن البيع إنما صار سبباً لإفادة الحكم في ذلك الوقت ووجوب الشفعة يبتني على انقطاع حق المالك بالبيع وهو ينقطع به عنده، وإن اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة، أما عندهما فظاهر لأن المشتري يملكها، وأما عنده فلخروجه عن ملك البائع ووجوب الشفعة يبتني عليه، ألا ترى أن البائع إذا أقر بالبيع وأنكر

الدار عوضاً إذ الصلح والعوض يكون تقدير المهر المثل اهـ إتقاني. **قوله: (ألا ترى أن المضارب إذا باع داراً)** أي من المضاربة ورب المال شفيعها اهـ إتقاني. وكتب مانصه: ولو باع المضارب داراً من غير المضاربة كان لرب المال أن يأخذها بالشفعة بدار له من المضاربة وتكون له خاصة لأنه جار بدار المضاربة، ولو باع رب المال داراً له خاصة والمضارب شفيعها بدار المضاربة فإن كان فيها ربح فله أن يأخذها لنفسه لأنه جار بقدر نصيبه وإن لم يكن فيها ربح لم يأخذها لأنه ليس بجار اهـ غاية. **قوله: (لكونه تابعاً)** وليس في مقابلة رأس المال شفعة لأن المضارب وكيل رب المال في البيع وكل من بيع له لا تجب له الشفعة فكذا لا تجب في التبع اهـ **قوله: (فيه)** أي في رأس المال اهـ **قوله في المتن: (أو بيعت بخيار للبائع)** انظر في كلام الشارح فيما سيأتي قبيل قوله أو ضمن الدرك عن البائع اهـ **قوله: (وجبت الشفعة)** قال الإتقاني: وأما الخيار المشروط للمشتري فلا يمنع من ثبوت الشفعة لأن المبيع خرج من ملك البائع بالاتفاق وإنما اختلف أصحابنا هل دخل في ملك المشتري أو لم يدخل والشفعة إنما تجب برغبة البائع عن ملكه بدلالة أنه لو ادعى أنه باع داره من زيد فجحد زيد وجبت الشفعة لأجل اعترافه بخروج الشيء عن ملكه وإن لم يحكم بدخوله في ملك المشتري اهـ وكتب ما نصه: قال الإتقاني: وأما خيار الرؤية والعيب فلا يمنع الشفعة لأنه لا يمنع من خروج المبيع من ملك البائع وهذا المعنى هو سبب الشفعة كذا ذكر القدوري في شرحه لمختصر الكرخي، وقال الإمام الإسبيجابي في شرح الطحاوي ولو كان البيع بشرط الخيار لهما جميعاً فلا شفعة فيها لأجل خيار البائع ولو شرط البائع الخيار للشفيع فلا شفعة له فيها لأنه لما شرط الخيار للشفيع صار كأنه شرط الخيار لنفسه فإن أجاز الشفيع البيع جاز وبطلت شفعته لأن البيع من جهة الشفيع قد تم وصار كأنه باع وإن فسخ فلا شفعة له أيضاً لأن ملك البائع لم يزل ولكن الحيلة له في ذلك أن لا يجيز ولا يفسخ حتى يجيز البائع البيع أو يجوز بمضي المدة فحينئذ له الشفعة وكذلك لو باع داره على أن يضمن له الشفيع الثمن عن المشتري والشفيع حاضر فضمن جاز البيع ولا شفعة له لأن البيع من جهة الشفيع قد تم ولا شفعة له وكذلك لو اشترى المشتري الدار على أن يضمن له الشفيع الدرك عن البائع والشفيع حاضر فضمن جاز البيع

المشتري تجب الشفعة، **ثم إن أخذها الشفيع في الثلاث** لزم البيع لعجز المشتري عن الردّ ولا خيار للشفيع لأن خيار الشرط لا يثبت إلا بالشرط واسمه ينبئ عنه والشرط كان للمشتري دون الشفيع، وإذا بيعت دار بجنبها والخيار لأحدهما كان له الأخذ بالشفعة لأن البائع لم يخرج المبيع عن ملكه إن كان الخيار له فله أن يأخذها بالشفعة ويسقط خياره وينفسخ البيع لأن الأخذ بالشفعة نقض منه للبيع، لأنه أراد بذلك الاستيفاء إذ لا تجب الشفعة إلا لدفع ضرر على الدوام وكذلك المشتري عندهما إن كان الخيار له لأن المبيع دخل في ملكه عندهما لأنه يصير بالأخذ مختاراً للبيع فيصير إجازة فيلزم ويملك به المبيع ولأنه صار أحق بالمبيع من غيره وذلك يكفي لاستحقاق الشفعة كالمأذون له والمكاتب إذا بيعت دار بجنب دارهما، وكذا إذا اشترى داراً ولم يرها فبيعت دار بجنبها قبل أن يرى الأولى كان له أن يأخذها بالشفعة لأن ملكه في التي يشفع بها ثابت فيستحق به الشفعة كما يستحق فيما إذا اشترى مع خيار الشرط أو باع، لكنه هنا إذا أخذ المشفوعة لا يسقط خياره لأن خيار الرؤية **لا يبطل بصريح الإبطال** فبدلالته أولى، ثم إذا حضر شفيع الدار الأولى وهي التي اشتراها المشتري كان له أن يأخذها بالشفعة لأنه هو أولى بها من المشتري لما عرف أن الشفيع أولى من المشتري وليس له أن يأخذ الثانية وهي التي أخذها المشتري بالشفعة **إذا لم تكن متصلة بملكه** لانعدام سبب الشفعة في حقها واتصالها بالمشفوعة لا يفيده لعدم ملكه فيها وقت بيع الأخرى، وإن كانت متصلة بملكه كان له أن يشاركه فيها بالشفعة لوجود السبب وهذا لا يختص بالشراء بخيار شرط أو رؤية بل كل من اشترى دار أو بيعت دار بجنبها كان له هو أن يأخذها بالشفعة، ثم إذا جاء شفيع الأولى بعدما أخذ المشتري الثانية بالشفعة كان لهذا الذي جاء أن يأخذ الأولى بالشفعة وليس له أن يأخذ الثانية بالشفعة إلا إذا كانت متصلة بملكه على ما بينا.

قال رحمه اللّه: (أو بيعت فاسداً ما لم يسقط حق الفسخ بالبناء) أي لا شفعة في دار بيعت بيعاً فاسداً حتى يسقط حق الفسخ بشيء يسقطه كالبناء/ [١٦٢ب/٣] لأن البيع الفاسد قبل القبض لا يفيد الملك للمشتري فيكون ملك البائع باقياً على حاله فلا

ولا شفعة له لأن الملك قد تم بضمانه فلا شفعة لأنه نزل منزلة البائع، ولو أن المشتري اشترى داراً وشرط الخيار للشفيع ثلاثة أيام كان للشفيع الشفعة لأن اشتراط الخيار له كاشتراطه للمشتري وذلك لا يمنع وجوب الشفعة اهـ **قوله: (ثم إن أخذها الشفيع في الثلاث)** أي في مدة الخيار التي هي الثلاث وقيد بالثلاث لتكون المسألة بالاتفاق اهـ إتقاني. **قوله: (لا يبطل بصريح الإبطال)** يعني لو قال: أبطلت خيار الرؤية لا يبطل قبل وجود الرؤية لأن ثبوته موقوف على وجود الرؤية اهـ إتقاني. **قوله: (إذا لم تكن متصله بملكه)** أي ملك له آخر

يثبت للشفيع فيه حق مع بقاء ملكه وبعد القبض، وإن كان يفيده لكن حق البائع باق فيها، ألا ترى أنه واجب الرفع لدفع الفساد، ولهذا يحرم على المشتري التصرف فيها **وفي إثبات الحق له** تقريره فلا يجوز لأنه لو جاز لتحوّل ذلك الفساد بعينه إلى الشفيع بخلاف الدار المشتراة بخيار الشرط للمشتري حيث يأخذها الشفيع لخروجها عن ملك البائع ولم يتعلق له فيها حق، ولهذا جاز للمشتري التصرف فيها بخلاف المشتري في البيع الفاسد **ثم إذا سقط حق الفسخ** زال المانع من وجوب الشفعة فتجب وهو المراد بقوله: ما لم يسقط حق الفسخ بالبناء، أي بناء المشتري فيها لأن حق البائع ينقطع به عند أبي حنيفة رحمه اللّه. وعندهما لا ينقطع به فلا تجب فيها الشفعة وتخصيصه بالبناء لا فائدة فيه **لأن شرط وجوب الشفعة** أن ينقطع حق البائع ولا يختص ذلك بالبناء بل ينقطع حق البائع بإخراج المشتري المبيع بالبيع أو غيره على ما عرف في البيع الفاسد، فإن أخرجه عن ملكه بالبيع كان للشفيع أن يأخذها بأي البيعين شاء لانقطاع حق البائع فإن أخذه بالبيع الثاني أخذه بالثمن لأن البيع الثاني صحيح والواجب فيه الثمن فيأخذه به، وإن أخذها بالبيع الأول أخذها بقيمتها لأن الواجب فيه القيمة ولا يعود حق البائع بنقض البيع الثاني ليأخذها الشفيع لأن البيع الثاني كان صحيحاً مفيداً للملك، وإنما فسخ لحق الشفيع ولو عاد حق البائع لبطل

غير هذه الدار التي أخذها بالشفعة اهـ **قوله: (وفي إثبات الحق له)** أي للشفيع اهـ **قوله: (ثم إذا سقط حق الفسخ إلخ)** قال الكرخي: فإن سقط حق البائع في النقض كان للشفيع أن يأخذ ما ملك بقيمته يوم القبض وذلك لأن البيع الفاسد عندنا يملك المبيع فيه بالقبض، وإنما لم تجب الشفعة لثبوت حق الفسخ فإذا سقط الفسخ إما لاتصال المبيع بزيادة أو لزوال ملك المشتري فقد زال المعنى المانع من وجوب الشفعة فوجبت الشفعة كالبيع المشروط فيه الخيار للبائع إذا سقط خياره، وإنما وجبت الشفعة بالقيمة، لأن البيع الفاسد لا يجب فيه المسمى وإنما يملك بالقيمة والشفعة تجب بمثل العوض الذي لزم المشتري اهـ إتقاني. **قوله: (لأن شرط وجوب الشفعة إلخ)** قال الإتقاني رحمه اللّه: نقلاً عن شرح الكافي لشيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي رحمه اللّه: وإذا اشترى داراً شراء فاسداً فقبضها وبناها فإن للبائع قيمتها فإذا جاء الشفيع أخذها بالشفعة في قياس قول أبي حنيفة ويهدم المشتري بناءه، وقال أبو يوسف ومحمد: يردّ الدار على البائع ويهدم المشتري بناءه ولا شفعة فيها. أصل المسألة أن المشتري شراء فاسداً إذا بنى في الدار بناء ينقطع حق الاسترداد عند أبي حنيفة ومتى انقطع لزم البيع فيظهر للشفيع الشفعة، لأن المانع من ثبوت حق الشفعة قيام حق الاسترداد للبائع وقد بطل، وعندهما لا ينقطع حق الاسترداد فلا يثبت للشفيع حق الشفعة فيكون للشفيع أن يأمر المشتري بهدم البناء لأنه لو بناه في البيع

حق الشفيع ومن المحال أن يبطل حقه بالفسخ لأجله، لأن ما يكون من مقتضيات حق شخص لا يثبت على وجه يبطل حقه وكذا إن أخرجه عن ملكه بغير البيع كالهبة أو جعله مهراً أو غير ذلك **نقض** تصرفه وأخذه بقيمته لما ذكرنا، وإن بيعت دار بجنبها **قبل القبض** فللبائع الشفعة في المبيعة لبقاء ملكه فيها **وإن سلمها إلى المشتري** فهو شفيعها لأن الملك له ولا يؤدي أخذها إلى تقرير الفساد لأن الفسخ ممكن بعد الأخذ بالشفعة ولا فساد في المأخوذة بخلاف المشتراة شراء فاسداً لأن أخذها بالشفعة يؤدي إلى تقرير الفساد على ما بينا، ثم إن سلم البائع المبيع إلى المشتري قبل الأخذ بالشفعة بطلت شفعته، كما إذا باعها قبل الأخذ بالشفعة، وإن سلمها بعد الحكم له بها لا تبطل لأن ملكه في المشفوعة قد تقرر بالحكم فلا يبطل بإخراج الأولى عن ملكه، وإنما يستحق المشتري الدار المبيعة بجنبها بالشفعة إذا كان بيعها بعد قبضه لا قبله لأن الشفعة إنما تستحق بالملك ولا ملك له قبله، وإن بيعت بعد القبض فاستردها البائع منه قبل أن يقضي له بالشفعة بطلت شفعته لخروجها عن ملكه قبل الأخذ فصار كما إذا باعها قبله وإن استردها بعد الحكم له بها بقيت على ملكه **لما ذكرنا**.

قال رحمه اللّه: (أو قسمت بين الشركاء) أي لو قسمت الدار بين الشركاء لا تجب الشفعة لجارهم بالقسمة بينهم **لأن القسمة فيها معنى الإفراز، ولهذا يجري فيها الجبر** والشفعة لم تشرع إلا في المبادلة المطلقة وهي المبادلة من كل وجه.

قال رحمه اللّه: (أو سلمت شفعته ثم ردّت بخيار رؤية أو شرط أو عيب

الصحيح يكون له حق النقض، فإذا بناه في البيع الفاسد أولى اهـ **قوله: (نقض)** أي الشفيع اهـ **قوله: (قبل القبض)** أي قبل أن يقبضها المشتري اهـ **قوله: (وإن سلمها إلى المشتري)** قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي رحمه اللّه في شرح الكافي: فإن كان المشتري قد قبضها فبيعت دار بجنبها فللمشتري أن يأخذها بالشفعة لأنه قد ملك الدار بالقبض فصار جاراً عند وقوع البيع فإذا قضى القاضي له بالشفعة ثم ردّت الدار لفساد البيع لم تبطل الشفعة لأن القضاء قد صح فلا يبطل بزوال الملك في داره لأن بقاء الجوار ليس بشرط لبقاء الاستحقاق وإن لم يأخذها حتى ردّ الدار بطلت شفعته لأن قيام الجوار عند القضاء بالاستحقاق شرط ولم يوجد ولا شفعة للبائع أيضاً فيها لأن جواره حادث بعد البيع اهـ إتقاني. **قوله: (لما ذكرنا)** أي وهو أن بقاء ملكه في التي يشفع بها بعد الحكم ليس بشرط، كذا في الهداية وأما ما ذكره الشارح فهو قوله لأن ملكه في المشفوعة قد تقرر بالحكم إلخ اهـ من خط قارئ الهداية رحمه اللّه. **قوله: (لأن القسمة فيها معنى الافراز)** أي وهو تمييز الحقوق وتعديل الأنصباء اهـ إتقاني. **قوله: (ولهذا يجري فيها الجبر)** أي وفيها

بقضاء) أي إذا سلم الشفيع الشفعة **ثم ردّت إلى البائع بخيار رؤية** أو شرط **كيفما كان** أو بعيب بقضاء قاض لا تجب الشفعة فيها لأنه فسخ من كل وجه فلا يمكن أن يجعل عقداً جديداً فعاد إلى قديم ملك البائع والشفعة تجب في الإنشاء لا في الاستمرار والبقاء على ما كان ولا فرق في ذلك بين أن يكون الفسخ قبل القبض أو بعده، **وفي الجامع الصغير** ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية بالجر معناه لا شفعة بسبب الردّ بخيار الرؤية، ولا تصح/ الرواية بالنصب عطفاً على الشفعة لأن معناه يصير على هذا [١٦٣/١/٣] التقدير أن خيار الرؤية لا يثبت في القسمة فيفسد المعنى لأن المذكور في كتاب القسمة أن خيار الرؤية وخيار الشرط يثبتان في القسمة لأن ثبوتهما لخلل في الرضا في العقود التي لا تنعقد لازمة إلا بالرضا والقسمة منها لما فيها من معنى المبادلة والمبادلة أغلب في غير المكيل والموزون فيجوز فيها خيار الرؤية ولا يجوز في المكيل والموزون لأن معنى الإفراز فيهما هو الغالب، ولهذا كان لكل واحد من الشريكين أن يأخذ نصيبه من غير إذن صاحبه، ولأنه لا فائدة فيه لأنه بإعادة القسمة يأخذ نصيبه أو مثله بلا تفاوت بخلاف غيرهما من العقار والعروض لأنه إذا أصابه غير

معنى المبادلة أيضاً اهـ إتقاني. **قوله: (ثم ردّت إلى البائع بخيار رؤية)** لم تتجدد شفعة الشفيع، لأن هذا فسخ يثبت شاء البائع أو أبى فلا يثبت له شبه بالعقد بخلاف الإقالة اهـ إتقاني. وكتب ما نصه: قال أبو الحسن الكرخي: إذا اشترى رجل من رجل داراً فسلم الشفيع الشفعة ثم رد المشتري الدار بخيار رؤية أو بخيار شرط قبل قبض الدار أو بعد ذلك فأراد الشفيع أن يأخذ الدار بالرد بالشفعة فليس له ذلك وإن ردها بعيب قبل القبض بقضاء أو بغير قضاء أخذها بهذا الرد وإن كان بقضاء فلا شفعة له في الرد، وجملة هذا ما ذكره القدوري في شرحه أن الشفيع إذا سلم الشفعة ثم عاد المبيع إلى البائع على حكم الملك الأول فلا شفعة له بالعود لأنه أسقط شفعته عن ذلك ولا يعود إلا بعود سبب آخر وكل موضع عاد إلى البائع بحكم ملك مبتدأ كان للشفيع الشفعة كما لو اشتراها والرد بخيار الرؤية والشرط يوجب عود الملك الأول وكذلك الرد بالعيب قبل القبض لأنه فسخ من الأصل، وأما الرد بالعيب بعد القبض فيختلف فيه القضاء وغير القضاء فإن كان بقضاء قاض فلا شفعة فيه لأنه انفسخ العقد من أصله وعاد على حكم الملك الأول وإن ردها بغير قضاء ففيه الشفعة، لأن الشيء عاد بملكه بقوله ورضاه فصار كشراء مبتدأ فتعلقت به الشفعة اهـ إتقاني. **قوله: (كيفما كان)** أي قبل القضاء أو بعده اهـ قارئ الهداية. **قوله: (وفي الجامع الصغير إلخ)** قال الإتقاني رحمه الله وإنما ذكر مسألة الجامع الصغير لأن في قوله: ولا خيار رؤية اختلاف الروايتين ففي كل منهما فائدة يروى بكسر الراء عطفاً على القسمة أي لا شفعة في الرد بخيار الرؤية كما لا شفعة في القسمة، ويروى بفتح الراء وضمها عطفاً على

ما أصابه في الأول قد يحصل غرضه لأن المساواة فيها عند القسمة تثبت بضرب من الاجتهاد فيحتمل أن يقع في قلبه أن نصيب غيره أحسن فتفيد الإعادة. وقال في الكافي: وصحح شمس الأئمة السرخسي رحمه الله الرواية بالنصب، وقال لا يثبت خيار الرؤية في القسمة سواء كانت القسمة بقضاء أو برضا **وبه قال المشايخ** رحمهم الله.

قال رحمه الله: (وتجب لو ردّت بلا قضاء أو تقايلا) أي تجب الشفعة **إن ردّها المشتري بعيب** بغير قضاء القاضي أو تقايلا البيع. وقال زفر رحمه الله: لا تجب لأن شفعته قد بطلت بالتسليم والردّ بالعيب بغير قضاء إقالة، والإقالة فسخ لقصدهما ذلك، والعبرة لقصد المتعاقدين قلنا: الإقالة مثبتة للملك بتراضيهما كالبيع غير

الشفعة، وعلى المحل، أما رواية الكسر فظاهر حيث لا تثبت الشفعة في خيار الرؤية لأنه فسخ من الأصل والرواية الأخرى أثبتها الفقيه أبو الليث السمرقندي في شرح الجامع الصغير فقال: معناه لا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية في القسمة أيضاً وإنما لم يجب في القسمة خيار الرؤية لأنه لا فائدة في رده لأنه لو ردّه كان له أن يطلب القسمة من ساعته فلا يكون في الرد فائدة وأنكر هذه الرواية فخر الإسلام البزدوي ومن تبعه كالصدر الشهيد وصاحب الهداية فقال فخر الإسلام محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة قال: لا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية أما الشفعة في القسمة فلأن القسمة ليست ببيع محض بل فيه معنى الإفراز، ألا ترى أن الممتنع عنها يجبر عليها ولا خلاف أن في القسمة معنى الإفراز والشفعة إنما شرعت في البيع فلا يصح إثباتها في الذي يخالفه كما لم تجب في معاوضة مال بغير مال وأما قوله ولا خيار رؤية فإن كانت الرواية بكسر الراء فإن معناه لا شفعة في الرد بخيار الرؤية وإن كانت الرواية بفتح الراء فإن معناه أن لا يثبت خيار الرؤية في القسمة وذلك غير صحيح بل الصحيح المنصوص في كتاب القسمة أن يثبت خيار الرؤية في القسمة وخيار الشرط يثبت في ذلك بلا إشكال كل ذلك في كتاب القسمة وحمل فخر الدين قاضيخان في شرح الجامع الصغير رواية الفتح على ما إذا كانت التركة مكيلاً أو موزوناً من جنس واحد فاقتسموا لا يثبت خيار الرؤية لأنه لو رد القسمة بخيار الرؤية يحتاج إلى القسمة مرة أخرى فيقع في نصيبه عين ما وقع في المرة الأولى أو مثله فلا يفيده خيار الرؤية أما لو كانت عقاراً أو شيئاً آخر يفيد خيار الرؤية لأنه لو رد بخيار الرؤية فإذا اقتسموا ثانياً ربما يقع في نصيبه الطرف الذي يوافقه فيكون مفيداً اهـ مع حذف وكتب ما نصه: خيار الرؤية والشرط هل يثبتان في القسمة ردها بعيب قبل القبض بغير قضاء ردها بعيب قبل القبض بقضاء لا تجب الشفعة فيهما لأنه فسخ من الأصل ردها بعيب بعد القبض بلا قضاء تجب الشفعة ردها بعيب بعد القبض بقضاء لا تجب الشفعة لأنه فسخ. **قوله**: (**وبه قال المشايخ**) في الكافي وبه أخذ بعض المشايخ اهـ **قوله**: (**إن ردّها المشتري**

أنهما قصدا الفسخ فيصح فيما لا يتضمن إبطال حق الغير لأن لهما ولاية على أنفسهما فيكون فسخاً في حقهما ولا ولاية لهما على غيرهما فيكون بيعاً جديداً في حق الشفيع لوجود حد البيع فيها وهو مبادلة المال بالمال بتراضيهما فيتجدّد له بها حق الشفعة. وقال صاحب الهداية: ومراده الردّ بالعيب بعد القبض لأن قبله فسخاً من الأصل وإن كان بغير قضاء، وإنما يستقيم هذا على قول محمد رحمه اللّه لأن بيع العقار عنده قبل القبض لا يجوز كما في المنقول فلا يمكنه حمله على البيع، **وأما عندهما فيجوز بيعه** قبل القبض فما المانع له من حمله على البيع وهذا لأن الردّ بالعيب بغير قضاء إقالة والإقالة بيع عند أبي يوسف رحمه اللّه مطلقاً ما لم يتعذر جعله بيعاً، وعند أبي حنيفة رحمه اللّه وإن كان فسخاً في حقهما لكنه بيع جديد في حق غيرهما فأمكن جعله بيعاً في حق الشفيع فلا يفترق الحال بين أن يكون بعد القبض أو قبله واللّه أعلم بالصواب.

باب ما تبطل به الشفعة

قال رحمه اللّه: (وتبطل بترك المواثبة أو التقرير) أي تبطل الشفعة بترك طلب المواثبة أو طلب التقرير حين علم مع القدرة عليه بأن لم يسد أحد فمه أو لم يكن في الصلاة لأنها تبطل بالإعراض، وترك الطلبين أو أحدهما مع القدرة عليه دليل الإعراض على ما بينا من قبل.

قال رحمه اللّه: (**وبالصلح عن الشفعة على عوض** وعليه رده) أي تبطل الشفعة إذا صالح المشتري الشفيع على عوض وعلى الشفيع رد العوض لأن حق الشفعة ليس بمتقرر في المحل وإنما هو مجرد حق التملك فلا يجوز أخذ العوض عنه **ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط** كما إذا قال الشفيع أسقطت شفعتي فيما اشتريت على أن

بعيب) أي بعد القبض اهـ **قوله: (ومراده)** أي مراد القدوري اهـ **قوله: (وأما عندهما فيجوز بيعه إلخ)** الردّ بالعيب قبل القبض فسخ من الأصل في حق الكل حتى كان له أن يردّه على بائعه وإن كان بغير قضاء وصار بمنزلة خيار الشرط والرؤية فبطل بحث الشارح اهـ من خط قارئ الهداية.

باب ما تبطل به الشفعة

قوله في المتن: (وبالصلح عن الشفعة على عوض) راجع الفصل الذي في كتاب الصلح اهـ **قوله: (ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط)** قال في الهداية: ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من

تسقط شفعتك فيما اشتريت أو على أن لا تطلب الثمن مني لكونه ملائماً حتى لو تراضيا سقط حق كل واحد منهما، ومع هذا لا يتعلق إسقاط الشفعة بهذا الشرط بل يسقط بمجرّد قوله أسقطت بدون تحقق الشرط فلأن لا يتعلق سقوطه بالشرط الفاسد وهو شرط الاعتياض عن حق ليس بمال بل هو رشوة محض أولى فيصح الإسقاط ويبطل الشرط، وكذا لو باعه شفعته بمال لما بينا ولأن البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التمليك فكان عبارة عن الإسقاط فقط مجازاً كبيع الزوج زوجته من نفسها بخلاف الاعتياض عن القصاص، وملك النكاح/ وإسقاط الرق لأن ملكه [١٦٣ب/٣] في هذه الأشياء متقرّر في المحل، ولهذا يستوفيه وينفرد به، ألا ترى أن للولي أن يقتله قصاصاً بغير قضاء ولا رضا فعلم أن حقه ثابت في المحل في حق القتل ولولا ذلك لما تمكن من القتل بغير قضاء ولا رضا ونظير ما نحن فيه ما إذا قال للمخيرة اختاريني بألف، أو قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بألف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض، **والكفالة بالنفس** في هذا بمنزلة الشفعة في رواية، وفي رواية أخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال، وقيل في الشفعة كذلك حتى لا يجب المال ولا تبطل الشفعة، وقيل هذه الرواية في الكفالة خاصة، ووجه الفرق بينهما على هذه الرواية أن الشفعة تبطل بالإعراض دون الكفالة، والأصح أن الكفالة والشفعة يسقطان ولا يجب المال، هذا إذا كان بعد البيع وأما قبل البيع فلا يسقط به لأن إسقاط الحق قبل وجوبه لا يصح وبعده يسقط بالإسقاط علم بالسقوط أو لم يعلم لأنه لا يعذر بالجهل بالأحكام في دار الإسلام ولا يرتد بالرد لأنه مجرد حق، ولو صالح على أخذ

الشرط فبالفاسد أولى اهـ أي لا يتعلق إسقاط حق الشفعة بالجائز من الشرط وهو ما ليس فيه ذكر مال فبالفاسد من الشرط أولى أن لا يتعلق وهو ما فيه ذكر مال، ولنا فيه نظر لأن إسقاط حق الشفعة يتعلق بالجائز من الشرط، ألا ترى إلى ما قال محمد في الجامع الكبير: لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار إن كنت اشتريتها لنفسك، وقد اشتراها لغيره أو قال للبائع سلمتها لك إن كنت بعتها لنفسك وقد باعها لغيره ليس بتسليم وذلك لأن الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لأن تسليم الشفعة إسقاط محض كالطلاق والعتاق، ولهذا لا يرتد بالردّ وما كان إسقاطاً محضاً صح تعليقه بالشرط وما صح تعليقه بالشرط لا ينزل إلا بعد وجود الشرط ولم يوجد الشرط فلا ينزل التسليم كذا ذكر الشيخ أبو المعين في شرح الجامع الكبير اهـ إتقاني. **قوله: (والكفالة بالنفس إلخ)** قال الإتقاني: وقد اختلفت الرواية في الكفالة بالنفس إذا أسقطها بعوض، فقال في إحدى الروايتين: الكفالة باطلة والعوض باطل وسوى بينها وبين الشفعة لأن إسقاط الحق فيها لا يقف على عوض فبطلان العوض من طريق الحكم لا يمنع من بطلانها، وقال في الرواية الأخرى: لا تسقط وذلك

نصف الدار بنصف الثمن يجوز ولو صالح على أخذ بيت بحصته من الثمن لا يجوز الصلح ولا تسقط شفعته، لأنه لم يوجد منه الإعراض غير أن الثمن مجهول لأن حصته من الثمن غير معلومة عند الأخذ ومثله من الجهالة يمنع صحة البيع ابتداء والأخذ بالشفعة بيع من الشفيع.

قال رحمه الله: (وبموت الشفيع لا المشتري) أي بموت الشفيع قبل الأخذ بعد الطلب أو قبله تبطل الشفعة ولا تورث عنه ولا تبطل بموت المشتري، **وقال الشافعي: لا تبطل بموت الشفيع أيضاً** لأن هذا حق معتبر في الشرع كالقصاص وحق الرد بالعيب، ولنا أنه مجرد حق وهو حق التملك وأنه مجرد رأي وهو صفته فلا يورث عنه بخلاف القصاص لأن من عليه القصاص صار كالمملوك لمن له القصاص. ولهذا جاز أخذ العوض عنه وملك العين يبقى بعد الموت فأمكن إرثه بخلاف الشفعة لأنها مجرد حق إذ هي مجرد الرأي والمشيئة، ولهذا لا يجوز الاعتياض عنها وكذا لا يمكن إرثها ولأن الشفيع يزول ملكه بالموت عن داره التي يشفع بها ويثبت الملك فيها للوارث بعد البيع وقيام ملك الشفيع في التي يشفع بها من وقت البيع إلى الأخذ بالشفعة شرط ولم يوجد في حق الميت وقت الأخذ ولا في حق الوارث وقت البيع فبطلت لأنها لا تستحق بالملك الحادث بعد البيع ولا بالملك الزائل وقت الأخذ، وإنما لا تبطل بموت المشتري لأن المستحق باق ولم يتغير سبب حقه، وإنما حصل الانتقال إلى الورثة في الدار المشفوعة وذلك حقه كما إذا انتقل إلى غيره بسبب آخر فينقضه ويأخذها بالشفعة كما ينقض سائر تصرفاته حتى المسجد والمقبرة والوقف، **وكذا لو باعها القاضي بعد موته أو باعها وصيه كان له نقضه.**

قال رحمه الله: (وببيع ما يشفع به قبل القضاء بالشفعة) أي تبطل الشفعة

لأنها حق أقوى من الشفعة بدلالة أنها لا تبطل بالسكوت والإعراض ما لم يرض بإسقاطها فإذا لم يسلم العوض لم تسقط اهـ **قوله: (وقال الشافعي لا تبطل بموت الشفيع أيضاً)** أي وتنتقل الشفعة إلى ورثته والخلاف فيما إذا مات الشفيع قبل القضاء بالشفعة له فإذا مات بعد القضاء قبل نقد الثمن وقبض المبيع فالبيع لازم لورثته بالاتفاق، قال الإمام الإسبيجابي رحمه الله في شرح الطحاوي: صورته أن داراً بيعت ولا شفيع وطلب الشفعة فأثبتها بالطلبين ثم مات قبل الأخذ بالقضاء أو بتسليم المشتري إليه فأراد ورثته أخذها فليس لهم ذلك، ولو كان الشفيع ملكها بالقضاء أو بتسليم المشتري إليه ثم مات تكون ميراثاً لورثته اهـ إتقاني. **قوله: (وكذا لو باعها القاضي بعد موته أو باعها وصيه كان له نقضه)** قال الإتقاني: فإذا باع القاضي أو الوصي في دين المشتري فللشفيع أن يبطل البيع لأن هذا التصرف تضمن إبطال حق الغير فيفسخ وكذلك لو أوصى المشتري فيه بوصية كان للشفيع نقضها

ببيع الدار التي يشفع بها قبل الأخذ بالشفعة لأن سبب استحقاقه قد زال قبل تملكه ولا فرق بين أن يكون عالماً وقت بيع داره بشراء المشفوعة أو لم يكن عالماً لأنه لا يختلف في الحالين فصار كالتسليم الصريح فإنه لا يختلف بين أن يعلم بيعها أو لم يعلم، **وكذا إبراء الغريم لأن كل ذلك إسقاط** فلا يتوقف على العلم كالطلاق والعتاق، ألا ترى أنه لا يرتد بردّ المشتري ولا يتوقف على قبوله ولا يختلف بين حضرته وغيبته. ولو باع التي يشفع بها بشرط الخيار لا تبطل شفعته لبقاء السبب لأن خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه ولو اشتراها الشفيع من المشتري بطلت شفعته لأنه بالإقدام على الشراء من المشتري أعرض عن الطلب وبه تبطل الشفعة، ولمن هو/ بعده من الشفعاء أو مثله أن يأخذها منه بالشفعة بالعقد الأول، وإن شاء بالعقد [١٦٤/ أ/٣] الثاني، أما إعراضه عن الأول فظاهر، وكذا عن الثاني وهو الذي باشره بنفسه لأنه باشتغاله به مع إمكان أخذه منه بالشفعة جعل معرضاً عن الأخذ بسببه فلا يثبت له به حق لأنه إعراض بخلاف ما إذا اشتراها ابتداء من غير أن يثبت له فيه حق الأخذ لأن شراءه هناك لم يتضمن إعراضاً لأنه مقبل على التملك وهو معنى الأخذ بالشفعة، وإنما اشتراها لعدم التمكن من أخذها بطريق آخر ولا كذلك هنا، وكذلك إن استأجر الشفيع الدار المشفوعة أو ساومها أو طلب من المشتري أن يوليه بطلت شفعته لأنه دليل الإعراض.

قال رحمه الله: (**ولا شفعة لمن باع أو بيع له**) أي بالوكالة **والأصل فيه أن من باع**

وأخذها اهـ **قوله**: (**وكذا إبراء الغريم**) أي صحيح وإن لم يعلم من له الدين اهـ **قوله**: (**لأن كل ذلك إسقاط إلخ**) قال في شرح الكافي رجل باع داراً ورضي الشفيع ثم جاء يدعي أنه لم يعلم أن حدها إلى موضع كذا أو ظن أنها أقرب أو أبعد ويدعي شفعته حين علم، قال لا شفعة له لأن صحة التسليم لا تقف على كون الدار معلومة كصحة الإبراء في الديون لا تتوقف على العلم بمقدارها فمتى صح التسليم كان هذا دعوى بعد التسليم فلا يسمع اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**ولا شفعة لمن باع أو بيع له**) قال في الهداية: وكيل البائع إذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري إذا ابتاع فله الشفعة اهـ **قوله**: (**والأصل فيه إلخ**) هكذا قال صاحب الهداية قال الإتقاني قال في شرح الطحاوي: وبيان ذلك أن صاحب الدار لو وكل شفيع الدار بالبيع فباعها فلا شفعة له لأنه هو الذي باع ولو أن مضارباً لرجل باع داراً من المضاربة ورب المال شفيعها بدار له أخرى فلا شفعة له لأنه بيع له وإن كان لا يملك نهيه عن البيع وإن كان المشتري وكل شفيع الدار بشرائها فاشتراها له فله الشفعة، ألا ترى أنه لو اشترى داراً لنفسه وهو الشفيع كان له الشفعة حتى لو جاء شفيع مثله أخذ نصف الدار منه ولو جاء شفيع دونه فلا شفعة له وكذلك لو اشترى المضارب بمال المضاربة داراً

أو بيع له لا شفعة له ومن اشترى أو اشترى له كان له الشفعة لأن الأخذ بالشفعة في

ورب المال شفيعها كان له أن يأخذها بالشفعة لأنه اشترى له ومن اشترى أو اشتري له فلا تبطل شفعته، وقال في الجامع الكبير: رجل اشترى داراً على أن يضمن الشفيع الثمن عن المشتري أو ضمن للمشتري الدرك أو اشترط البائع الخيار للشفيع فأمضى البيع فهذا كله تسليم للشفعة قال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير: أما إذا باع فضمن الشفيع الثمن عن المشتري والشفيع حاضر فقبل في المجلس جاز البيع بهذا الشرط استحساناً والقياس أن لا يجوز، ألا ترى أنه لو لم يقبل في المجلس لا يصح البيع ذكر محمد القياس والاستحسان في كتاب البيوع من المبسوط، وأما لا شفعة للشفيع فلأن الشفيع صار كالبائع من وجه وكالمشتري من وجه أما كالبائع من وجه لأن البيع يتم به وكذا له أن يطالب المشتري بأداء الثمن حتى يخلصه عن الكفالة متى كانت الكفالة بأمره كما للبائع مطالبة المشتري بأداء الثمن، وأما كالمشتري من وجه لأن الشراء يتم به وكذا البائع يطالبه بالثمن كما يطالب المشتري فوقع التردد في ثبوت حق الشفعة فلا يثبت لأن حق الشفعة متى دار بين أن يثبت وبين أن لا يثبت لا يثبت، فإن قيل: البائع من كل وجه إنما لم تكن له الشفعة لأن إيجاب الشفعة له يؤدي إلى التضاد لأن البيع لتمليك المبيع والشفعة لتملك المبيع وبينهما تضاد وهنا لا يؤدي إلى التضاد، لأن تمليك المبيع هاهنا ما كان من جهة الشفيع، قيل له الشفيع إذا كان كفيلاً عن المشتري بالثمن كان بمعنى البائع من وجه لما قلنا فإيجاب الشفعة له يؤدي إلى التضاد من وجه في التمليك والتملك، فإن كان يؤدي إلى التضاد من وجه في التمليك والتملك أدى إلى التضاد في حق ضمان الثمن لأنه بعقد الكفالة التزم الثمن للبائع ومتى بقي شفيعاً كان له أن لا يلتزم لأنه يأخذها بالشفعة من يد البائع فينفسخ البيع فيبرأ المشتري عن الثمن فيبرأ هو عن ضمان الكفالة، وأما إذا ضمن للمشتري بالدرك فجواز البيع بهذا الشرط إذا كان حاضراً في المجلس، وقيل: في المجلس استحسان أيضاً، أما لا شفعة له فلأنه بائع من وجه لأن البيع تم به، وكذا لو استحق المشتري كان للمشتري أن يرجع عليه بالدرك كما كان له أن يرجع على البائع، وأما إذا اشترط البائع الخيار له فأمضى البيع فلأنه بائع من وجه لأنه هو الذي أوجب البيع باعتبار إثبات الحكم وإن لم يكن موجباً للبيع باعتبار أصل البيع ولو اشترط المشتري خيار الشفيع فأمضى الشفيع البيع لم تبطل شفعته يريد به إذا طلب الشفعة قبل الإجازة لأنه بمنزلة المشتري من وجه لأنه وكيل عن المشتري في الاجازه على ما علم في موضعه والمشتري من كل وجه كان له الشفعة فكذا المشتري من وجه فإن قيل المشتري من كل وجه إنما كان له الشفعة لأن إيجاب الشفعة له لا يؤدي إلى التضاد فإن المشتري يملك المبيع والأخذ بالشفعة تملك أيضاً فكان من جنسه فلم يكن فيه تضاد، فأما هنا لو وجب الشفعة لهذا المشتري من وجه بعد الإجازة أدى إلى التضاد لأنه بالإجازة أوجب الملك

الأول يلزم منه نقض ما تم من جهته وهو البيع لأن البيع تمليك والأخذ بالشفعة تملك وبينهما منافاة، وكذا البيع يوجب التسليم والأخذ ينافيه لأنه يمتنع به التسليم، وفي الثاني لا يلزم ذلك بل فيه تقريره لأن الأخذ بالشفعة مثل الشراء ولا فرق فيمن باع أو اشترى بين أن يكون وكيلاً أو أصيلاً حتى لا تكون له الشفعة في الأول ولا لموكله إن كان وكيلاً، وفي الثاني له الشفعة إن كان أصيلاً ولموكله إن كان وكيلاً حتى إذا باع المضارب أو العبد المأذون له العقار ليس له ولا لرب المال حق الأخذ بالشفعة، ولو اشترياه كان له ولرب المال الشفعة لما ذكرنا، وكذا للمولى إن كان على العبد دين وإن لم يكن عليه فلا فائدة بالأخذ لأنه ملكه ولم يتعلق به حق غيره، والمجيز للعقد الذي باشره الفضولي كالموكل لما عرف أن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، ثم فائدة قولنا أن المشتري لا تبطل شفعته أن يشارك غيره من الشفعاء إن لم يتقدموا عليه وأن يتقدم هو على من بعده من الشفعاء وأن يسلم له عند ترك غيره من الشفعاء والبائع ليس له أن يطلب المبيعة بالشفعة بدار أخرى غيرها بلزقها لأنه لما باعها رغب عنها والأخذ رغبة فيها فتنافيا بخلاف المشتري، ولو شرط البائع الخيار لثالث فأجاز فهو كالبائع وإن كان المشتري هو الذي فعل ذلك فأجاز كان كالمشتري والمعنى ما بيناه.

قال رحمه الله: (**أو ضمن الدرك عن البائع**) يعني إذا ضمن الدرك عن البائع وهو شفيع فلا شفعة له لأن تمام البيع إنما كان من جهته لأن المشتري لم يرض بالبيع إلا بضمانه فلما ضمن تم به العقد فلا يكون له نقض ما تم من جهته على ما بينا في البائع.

قال رحمه الله: (ومن ابتاع أو ابتيع له فله الشفعة) لأن شراءه لا يدل على الإعراض على ما بينا من المعنى بفروعه.

للمشتري ومتى أخذها بالشفعة لا يبقى الملك للمشتري فصار كالساعي في نقض ما أوجبه للمشتري فيؤدي إلى التضاد قيل له: هذا هكذا أن لو وجب الشفعة له بإجازته والشفعة لم تجب له بإجازته الشراء بل كانت واجبة له قبل الإجازة ببيع المتعاقدين فإن من اشترى داراً على أنه بالخيار وجب الشفعة للشفيع أجاز المشتري الشراء أم فسخ لأن خيار المشتري لا يمنع زوال المبيع عن ملك البائع وثبوت حق الشفيع يعتمد زوال المبيع عن ملك البائع ومتى وجب الشفعة قبل الإجازة فلو أخذها بالشفعة بعدما أجاز لا يكون ساعياً في نقض ما أوجبه للمشتري فإن أصل العقد ما وجب بإجازته اهـ قوله: (**أن من باع**) أي وهو وكيل البائع اهـ **قوله**: (**أو بيع له**) أي وهو الموكل اهـ **قوله في المتن**: (**أو ضمن الدرك عن البائع**) انظر الحاشية التي كتبتها عند قوله في المتن: فيما تقدم أو بيعت بخيار للبائع اهـ

قال رحمه الله: (وإن قيل للشفيع إنها بيعت بألف فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل أو ببر أو شعير قيمته ألف أو أكثر فله الشفعة) لأن تسليمه كان لاستكثار الثمن أو لتعذر الجنس ظاهراً فإذا تبين له خلاف ذلك كان له الأخذ للتيسير، وعدم الرضا على تقدير أن يكون الثمن غيره، لأن الرغبة في الأخذ تختلف باختلاف الثمن قدراً وجنساً فإذا سلم على بعض وجوهه لا يلزم منه التسليم في الوجوه كلها، وكذا كل موزون أو مكيل أو عددي متقارب بخلاف ما إذا علم أنها بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر **لأن الواجب فيه القيمة** وهي دراهم أو دنانير فلا يظهر فيه التيسير فلا يكون له الأخذ، وكذا لو أخبر أن الثمن عروض كالثياب والعبيد ثم ظهر أنه مكيل أو موزون أو أخبر أن الثمن مكيل أو موزون فظهر أنه من خلاف جنسه من المكيل أو الموزون فهو على شفعته لما ذكرنا وإن ظهر أنه جنس آخر من العروض قيمته / مثل قيمة الذي [١٦٤ب/٣] بلغه أو ظهر أنه ذهب أو فضة قدره مثل قيمة ذلك فلا شفعة له لعدم الفائدة لأن في غير المكيل والموزون الواجب القيمة فلا يظهر التفاوت.

قال رحمه الله: (ولو بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف **فلا شفعة له**) وهذا قول أبي يوسف رحمه الله وهو استحسان، والقياس أن يثبت له حق الشفعة وهو قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله، لأن الجنس مختلف حقيقة وحكماً، ولهذا جاز التفاضل بينهما في البيع، وكذا لو أجبر على أن يقر بالدراهم فأقرّ بالدنانير كان مختاراً غير مكره، ولو كانا جنساً واحداً لما صار مختاراً، وجه الاستحسان أنهما جنس في الثمنية وكلاً منا فيه ولهذا يضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة.

قال رحمه الله: (وإن قيل له إنَّ المشتري فلان فسلم فبان أنه غيره فله الشفعة) لتفاوت الناس في الأخلاق فمنهم من يرغب في معاشرته ومنهم من يجتنب مخافة شره فالتسليم في حق البعض لا يكون تسليماً في حق غيره، ولو علم أن المشتري هو مع غيره كان له أن يأخذ نصيب غيره لأن التسليم لم يوجد في حقه ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم بلغه شراء الكل فله الشفعة في الكل لأنه سلم النصف وكان حقه في أخذ الكل والكل غير النصف فلا يكون إسقاطه إسقاطاً للكل ولأن التسليم لخوف ضرر الشركة ولا شركة، وهذا التعليل يستقيم في الجار دون الشريك والأول يستقيم فيهما وفي عكسه وهو ما إذا أخبر بشراء الكل فسلم ثم ظهر شراء النصف لا

قوله: (لأن الواجب فيه القيمة) أي لأن العرض لا تجب الشفعة بمثله وإنما يجب بقيمته والقيمة من جنس الدراهم اهـ (فرع) مما يحفظ من الحيل لإسقاط الشفعة أن يعقد البيع بثمن مجهول المقدار كحفنة قراضة أو جوهرة معينة أو سلعة معينة غير موصوفة أو بمائة درهم وكف من الفلوس لا يعرف قدره اهـ معراج. **قوله: (فلا شفعة له)** أي وذلك لأن

شفعة له في ظاهر الرواية لأن التسليم في الكل تسليم في أبعاضه كلها ولأن رغبات الناس في الكل أكثر عادة من رغباتهم في الأشقاص لخلو الكل عن عيب التشقيص، فإذا لم يرغب فيه فأولى أن لا يرغب في التشقيص، وقيل له الشفعة لأنه قد لا يتمكن من تحصيل ثمن الجميع وقد تكون حاجته إلى النصف ليتم به مرافق ملكه فلا يحتاج إلى الجميع، وشيخ الإسلام مال إلى هذا القول وحمل ما ذكره في ظاهر الرواية على ما إذا كان ثمن النصف مثل ثمن الكل، أما إذا تبين له أن ثمن النصف مثل نصف ثمن الكل فله الشفعة والمعنى ما ذكرنا.

قال رحمه اللّه: (وإن باعها إلا ذراعاً في جانب الشفيع فلا شفعة له) معناه إذا باع العقار إلا مقدار ذراع في طول الحدّ الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لأن الاستحقاق بالجوار ولم يوجد الاتصال بالمبيع، **وكذا لو وهب هذا القدر للمشتري** لعدم الالتزاق وهذه حيلة.

قال رحمه اللّه: (**وإن ابتاع منها** سهماً بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الأول فقط) لأن الشفيع جار في السهمين والمشتري شريك في السهم الثاني وهو مقدم على الجار، **ولو أراد الحيلة اشترى السهم** الأول بجميع الثمن إلا درهماً والباقي بالدرهم فلا يرغب الجار في أخذ السهم الأول لكثرة الثمن لا سيما إذا كان السهم الأول جزءاً قليلاً كالعشر مثلاً أو أقل، وكذا في المسألة الأولى يتأتى مثل هذه الحيلة بأن يبيع قدر الذراع أو أقل في طول الحد الذي يلي الشفيع بجميع الثمن إلا درهماً ثم يشتري الباقي بدرهم فإن أخذ بالشفعة أخذ قدر الذراع بجميع الثمن

الشفعة إنما تثبت بالشركة أو بالجوار ولم يوجد واحد منهما اهـ إتقاني. **قوله**: (**وكذا لو وهب هذا القدر للمشتري**) أي وسلمه إليه اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**وإن ابتاع منها**) لفظ منها ليس في خط الشارح اهـ **قوله**: (**ولو أراد الحيلة اشترى السهم إلخ**) قال في شرح الطحاوي: وهو أن يبيع أولاً من الدار ومن الكرم عشرها مشاعاً بأكثر الثمن ثم يبيع تسعة أعشارها ببقية الثمن حتى أن الشفيع لا يثبت له حق الشفعة إلا في عشرها بثمنه ولا يثبت له الشفعة في تسعة الأعشار لأن المشتري حين اشترى تسعة أعشارها كان شريكاً فيها بالعشر وهذه الحيلة إنما تكون للجار أو للخليط لأن الشريك أولى منهما ولا يحتال بها للشريك، لأن الشفيع إذا كان شريكاً كان له أن يأخذ نصف تسعة الأعشار أيضاً بقليل الثمن وإن كانت الدار للصغير فإن بيع العشر منها بكثير الثمن جائز وبيع تسعة الأعشار بقليل الثمن لا يجوز لأن بيع مال الصغير بأقل من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز فيكون في هذه الحيلة مضرة للمشتري وهو أن يلزمه العشر ولا يجوز في تسعة الأعشار وقد يجوز أن يحتال بهذه الحيلة في دار الصغير وهو أن يبيع من داره جزءاً من مائة جزء أو

وليس له أن يأخذ الباقي لأنه ليس بجار له فأيهما خاف أن لا يوفي صاحبه شرط الخيار لنفسه وإن خافا شرط كل واحد منهما الخيار لنفسه ثم يجيزان معاً وإن خاف كل واحد منهما إذا أجاز أن لا يجيز صاحبه وَكّلَ كلُ واحد منهما وكيلاً ويشترط عليه أن يجيز بشرط أن يجيز صاحبه.

قال رحمه الله: (وإن ابتاعها بثمن ثم دفع ثوباً عنه فالشفعة بالثمن لا بالثوب) لأن الثوب عوض عما في ذمة المشتري فيكون البائع مشترياً للثوب بعقد آخر غير العقد الأول/ وهذه الحيلة تعم الجوار والشركة، لأنه يبتاع العقار بأضعاف قيمته [١٦٥ أ/٣] ويعطيه بها ثوباً قيمته **قدر قيمة العقار** غير أنه يخاف أن يتضرر البائع بذلك لأنه لو استحقت الدار تبقى الدراهم كلها في ذمة البائع **لوجوبه عليه بالبيع الثاني** ثم براءته كانت حصلت بطريق المقاصة بثمن العقار فإذا استحق تبين أنه ليس عليه ثمن العقار **وبطلت المقاصة** فيجب على البائع الثمن كله، والحيلة فيه أن يدفع إليه بدل الدراهم الثمن الدنانير بقدر قيمة العقار فيكون صرفاً بما في ذمته من الدراهم، ثم إذا استحق العقار تبين أن لا دين على المشتري فيبطل الصرف للافتراق قبل القبض فيجب رد الدنانير لا غير **والحيلة الأولى تختص بالجار وهذه لا** وحيلة أخرى تعم الجار والشريك

يبيع جزءاً من ألف جزء بثمن أكثر من قيمته ثم يبيع بقية الدار بمثل ثمنه فإنه يثبت له الشفعة في الجزء الأول خاصة وهذه الحيلة للجار والخليط فأما إذا كان الشفيع شريكاً فإنه يأخذ نصف البقية بنصف ثمنها اهـ غاية. وكتب ما نصه: وهذه حيلة ترجع إلى تقليل رغبة الشفيع والأولى إلى الإبطال لأن في الأولى ليس للجار أن يأخذ لأن مقدار ذراع في طول حد الشفيع لم يبع اهـ إتقاني. **قوله**: (**قدر قيمة العقار**) قال الإتقاني: بيان ذلك فيما ذكره في شرح الطحاوي بقوله: وحيلة أخرى أن يبيع الدار بأكثر من قيمتها نحو أن يبيع ما يساوي ألفاً بألفين وينقد من الثمن ألف درهم إلا عشرة دراهم ثم يبيع بألف وعشرة عرضاً يساوي عشرة دراهم فحصلت الدار للمشتري بألف درهم في الحاصل ولكن الشفيع لا يأخذها إلا بألفي درهم والأفضل للبائع أن يجعل مكان العرض ديناراً يساوي عشرة دراهم هذا هو الأحوط حتى إن الدار لو استحقت من يد المشتري رجع على البائع بمثل ما أعطاه لأنه يبطل الصرف بالاستحقاق وهذه الحيلة لجميع الشفعاء ولو كان باع ببقية الثمن عرضاً سوى الذهب يساوي عشرة دراهم كما ذكرنا فعند الاستحقاق يرجع المشتري على البائع بألفي درهم ويكون فيه مضرة على البائع اهـ **قوله**: (**لوجوبه عليه بالبيع الثاني**) أي وهو بيع المشتري الثوب من البائع بثمن قدر ثمن العقار الذي اشتراه به المشتري اهـ **قوله**: (**وبطلت المقاصة**) أي فصار كمن اشترى من آخر ديناراً بعشرة دراهم عليه ثم ظهر أنها لم تكن عليه بطل الصرف ويرد الدينار كذا في الخلاصة اهـ **قوله**: (**دنانير**) الذي في خط الشارح الدنانير

أن يشتريه بأضعاف قيمته من الدراهم ثم يوفيه من الدراهم قدر قيمة العقار إلا قدر قيمة الدينار مثلاً فيعطيه الدينار بالباقي فيصير صرفاً فيه ثم إذا استحق المشفوع يرد ما قبض كله فغير الدينار على أنه بدل عن العقار المستحق والدينار لبطلان الصرف.

قال رحمه الله: (**ولا تكره الحيلة لإسقاط الشفعة** والزكاة) وهذا عند أبي يوسف رحمه الله **وعند محمد رحمه الله تكره**، لأن الشفعة وجبت لدفع الضرر وهو واجب وإلحاق الضرر به حرام فكانت مكروهة ضرورة، ولأبي يوسف رحمه الله أنه يحتال لدفع الضرر عن نفسه والحيلة لدفع الضرر عن نفسه مشروع وإن كان غيره يتضرر في ضمنه، **ثم قيل هذا الاختلاف بينهما قبل الوجوب**، وأما بعده فمكروه بالإجماع هكذا ذكره شيخ الإسلام ذكر قوله في النهاية، والقائل لهذا القول قاسه على الاختلاف في الزكاة فإنه لا يكره عند أبي يوسف رحمه الله قبل الوجوب، **وعند محمد رحمه الله يكره**، وقيل: لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة، وإنما الخلاف في فصل الزكاة، وقال شمس الأئمة الاشتغال بالحيل بإبطال حق الشفعة **لا بأس به**، أما قبل وجوب الشفعة فلا إشكال فيه وكذلك بعد الوجوب إذا لم يقصد المشتري الإضرار به، وإنما قصد الدفع عن ملك نفسه ثم قال وقيل هذا قول أبي يوسف رحمه الله، وأما عند محمد رحمه الله فتكره على قياس اختلافهم في الزكاة، **ثم الحيل التي تسقط الوجوب هي أن يعوضه** فيسقط الشفيع الشفعة فتسقط شفعته ولا يجب عليه العوض أو يقول له أنا أبيعك إياه أو يقول له المشتري اشتره مني فيقول الشفيع نعم

اهـ **قوله**: (**والحيلة الأولى تختص بالجار وهذه لا**) تقدم التنبيه عليه اهـ **قوله في المتن**: (**ولا تكره الحيلة إلخ**) قال في الواقعات الحسامية الحيلة في إبطال الشفعة على وجهين إما أن كانت بعد الثبوت أو قبل الثبوت، ففي الوجه الأول يكره بالاتفاق نحو أن يقول المشتري للشفيع اشتره مني وما أشبه ذلك لأنه إبطال لحق واجب وفي الوجه الثاني لا بأس به سواء كان الشفيع عدلاً أو فاسقاً هو المختار لأنه ليس بإبطال اهـ إتقاني. **قوله**: (**وعند محمد تكره**) وجه قول محمد أن الشرع أوجب الشفعة سبباً لدفع الضرر عن الشفيع فلا تجوز لأن الحيلة بإسقاط الشفعة لو جازت لم تثبت شفعة أبداً اهـ إتقاني. **قوله**: (**ثم قيل هذا الخلاف بينهما قبل الوجوب**) أي قبل وجوب الشفعة يعنى قبل البيع إذ هي إنما تجب بالبيع اهـ **قوله**: (**وعند محمد يكره**) قيل: الفتوى على قول أبي يوسف في الشفعة وعلى قول محمد في الزكاة اهـ إتقاني. **قوله**: (**لا بأس به**) قال الخصاف في أول كتاب الحيل: لا بأس بالحيل فيما يحل ويجوز وإنما الحيلة شيء يتخلص به الرجل من الحرام ويخرج به إلى الحلال فما كان من هذا ونحوه فلا بأس به وإنما يكره من ذلك أن يحتال الرجل في حق لرجل حتى يبطله أو يحتال في باطل حتى يموهه أو يحتال في شيء حتى يدخل فيه شبهة اهـ إتقاني.

فتسقط به شفعته، وكذا إذا آجره من الشفيع على ما بينا، ومن الحيل التي تمنع الوجوب أن يوكله ببيعها أو يضمنه الدرك أو يجعل البائع الخيار إليه في عقد البيع إلى غير ذلك من الحيل التي ذكرناها من قبل، ومن الحيل أن يؤجر المشتري البائع شيئاً ببعض العقار الذي يريد شراءه كالثوب مثلاً يؤجره ليلبسه البائع يوماً بجزء شائع من العقار الذي يريد شراءه ثم يشتري الباقي لأنه لما ملكه منه جزءاً شائعاً صار شريكاً له وليس للشفيع فيه شفعة لأنه ملكه بالإجارة ولا فيما اشتراه بعد ذلك لأن الشريك أولى وهذه الحيلة لا تدفع إلا الجار.

قال رحمه الله: (وأخذ حظ البعض يتعدد بتعدد المشتري لا بتعدد البائع) ومعناه أن المشتري إذا تعدد **بأن اشترى جماعة** عقاراً والبائع واحد يتعدد الأخذ بالشفعة بتعددهم حتى كان للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي، وإن تعدد البائع **بأن باع جماعة** عقاراً مشتركاً بينهم والمشتري واحد لا يتعدد الأخذ بالشفعة بتعددهم حتى لا يكون للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم دون بعض، والفرق أن الشفيع في الوجه الثاني بأخذ نصيب بعضهم تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر بالأخذ منه وبعيب الشركة وهي شرعت على خلاف القياس لدفع الضرر عن الشفيع فلا تشرع على وجه يتضرر به المشتري ضرراً زائداً سوى الأخذ، وفي الوجه الأول يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تتفرق الصفقة على أحد **ولا فرق في هذا بين أن / يكون قبل القبض** أو بعده في الصحيح إلا أن الشفيع لا يمكنه أن يأخذ [١٦٥ب/٣]

قوله: (ثم الحيل التي تسقط الوجوب هي أن يعوضه) كان يقول المشتري للشفيع صالحتك على كذا كذا درهماً على أن تسلم لي شفعتك فإذا قبل الشفيع الصلح وسلم بطلت شفعته ولا يجب له المال اهـ إتقاني. **قوله: (بأن اشتروا جماعة)** كذا بخط الشارح اهـ **قوله: (بأن باعوا جماعة)** كذا بخط الشارح اهـ **قوله: (ولا فرق في هذا بين أن يكون قبل القبض)** أي قبل قبض المشتري الدار اهـ إتقاني. (فرع) قال الكرخي: وإذا اشترى الرجل دارين صفقة واحدة فجاء شفيع لهما جميعاً فأراد أن يأخذ إحداهما دون الأخرى ليس له ذلك وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، وقال الحسن بن زياد عن زفر: الشفيع بالخيار إن شاء أخذهما وإن شاء أخذ إحداهما دون الأخرى، وهذا قول الحسن إلى هنا لفظ الكرخي، وجه قولهم أن المشتري ملك الدارين صفقة واحدة وتعلق حق الشفيع بهما فلم يملك أن يفرد بالأخذ بعض ما تعلق به حقه دون بعض كالدار الواحدة وقد ذكر أبو الحسن عن محمد ما يدل على أنه لا فرق بين الدارين المتلاصقتين والمتفارقتين وذكر بشر بن الوليد عن أبي يوسف أنهما إذا كانتا في مصر واحد أو مصرين فهو سواء. وجه قول زفر أن أخذ إحدى الدارين لا يؤدي إلى إضرار بالمشتري بالشركة فصار كما لو كان شفيعاً لإحداهما، ثم قال

نصيب أحدهم إذا نقد حصته من الثمن حتى ينقد الجميع كي لا يؤدي إلى تفريق اليد على البائع بمنزلة المشترين أنفسهم، لأنه كواحد منهم، وكما إذا كان المشتري واحداً فنقد البعض من الثمن وسواء سمى لكل بعض ثمناً أو سمى للكل جملة لأن العبرة في هذا الاتحاد الصفقة لا لاتحاد الثمن واختلافه والمعتبر في التعدد والاتحاد العاقد دون المالك حتى لو وكل واحد جماعة بالشراء فاشتروا له عقاراً واحداً بصفقة واحدة أو متعددة كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم ولو وكل جماعة واحداً به ليس للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم **لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد** وهو أصيل فيه فيتحد باتحاده ويتعدد بتعدده، ثم في الصحيح لم يفصل بين ما إذا كان بعد القبض أو قبله على ما بينا، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه اللّه أنه فصل فقال: إن أخذ قبل القبض نصيب أحدهم ليس له ذلك وبعده كان له ذلك لأنه قبل القبض يتضرر البائع بأخذ البعض منه بتفريق اليد عليه وبعده لا يتضرر لأنه لم يبق له يد وجوابه أن له أن يحبس الجميع إلى أن يستوفي جميع الثمن على ما بينا فلا يؤدي إلى تفريق اليد عليه.

قال رحمه اللّه: (وإن اشترى نصف دار غير مقسوم أخذ الشفيع حظ المشتري بقسمته) أي لو اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسم المشتري البائع أخذ نصيب المشتري الذي حصل له بقسمته وليس له أن ينقض القسمة سواء كانت القسمة بحكم **أو بالتراضي** لأن القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع، ألا ترى أن الهبة تتم بها حتى صحت بالقسمة والتسليم بعد أن وقعت فاسدة للشيوع باعتبار أن قبضه ناقص فيما يحتمل القسمة والشفيع لا ينقض القبض ليجعل العهدة على البائع فكذا ما يتم القبض، وهذا لأن القبض بجهة البيع له حكم البيع فكما لا يملك نقض البيع الأول لا يملك نقض القبض الموجود بجهته، ولا يقال القسمة فيها معنى

الكرخي في مختصره، وإذا كان الشفيع شفيعاً لإحداهما دون الأخرى ووقع البيع عليهما صفقة واحدة فإن الحسن بن أبي مالك روى عن أبي حنيفة أنه ليس له إلا أن يأخذ التي بجاوره بالحصة وكذلك روى ابن سماعة عن أبي يوسف وكذلك روى هشام عن محمد في رجل اشترى دارين متلاصقتين وله جار يلي إحداهما قال فإنه يأخذ التي تليه بالشفعة ولا شفعة له في الأخرى قال القدوري في شرحه: وذلك لأن حق الشفعة تعلق بإحدى الدارين دون الأخرى والصفقة إذا جمعت بين ما يتعلق به الشفعة وبين ما لا يتعلق به الشفعة أخذ الشفيع ما تعلقت به بالحصة كما لو اشترى داراً وسيفاً صفقة واحدة اهـ غاية. **قوله: (لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد)** أي دون المعقود له اهـ غاية. **قوله: (أو بالتراضي)** وعن أبي حنيفة أن القسمة إذا كانت بقضاء القاضي ليس له أن ينقض وإذا كانت بغير قضاء القاضي

المبادلة والشفيع يملك نقض تصرفاته فكذا نقض قسمته لأنا نقول: القسمة إفراز من وجه، ولهذا يجري فيها الجبر، ومبادلة من وجه ولهذا يجري فيها أحكام البيع من رد بعيب أو خيار رؤية، ومن حيث إنها إفراز لم يوجد فيها إلا القبض فباعتبار أنها مبادلة تملك، وباعتبار أنها إفراز لا تملك فلا تملك بالشك، وهذا لأن القياس أن لا ينقض من تصرفات المشتري شيئاً لأنها صحيحة لصدورها عن مالك، ولهذا لو باعه أو آجره يطيب له الثمن والأجرة وليس للشفيع فيه ملك، وإنما يثبت له حق الأخذ وذلك لا يمنع نفوذ تصرفاته غير أن له أن ينقض تصرفات تبطل حقه لدفع الضرر عن نفسه ولا ضرر في القسمة فبقي على الأصل في حق البيع الأول وفي حق ما له حكم البيع الأول وهو القبض بجهته بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لأن العقد لم يقع من الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع الأول بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته، ثم إذا لم يكن للشفيع نقض قسمته كان له أن يأخذ نصيب المشتري في أي جانب كان لأنه استحقه بالشراء والمشتري لا يقدر على إبطال حقه فيأخذه وهو مروي عن أبي يوسف رحمه الله، وإطلاق الكتاب يدل عليه. وعن أبي حنيفة أنه إنما يأخذه إذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لأنه لا يبقى جاراً فيما يقع في الجانب الآخر.

قال رحمه الله: (**وللعبد المديون الأخذ بالشفعة** من سيده/ كعكسه) معناه إذا باع [١٦٦ أ/٣] رجل داراً وللبائع عبد مأذون له في التجارة وعليه دين يحيط بماله ورقبته **فللعبد أن يأخذ الدار بالشفعة** وكذا عكسه وهو ما إذا كان العبد هو البائع فلمولاه الشفعة، لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء أحدهما من صاحبه جائز إذا كان على العبد دين لأنه يفيد ملك اليد للعبد **لكون المولى لا يملك ما في يد العبد المديون أو لكون العبد أحق به** بخلاف ما إذا لم يكن عليه دين والعبد بائع، لأن بيعه لمولاه ولا شفعة لمن بيع له بخلاف ما إذا اشترى لأنه ابتيع له وقد بينا أن من ابتاع أو ابتيع له لا تبطل شفعته.

فله أن ينقض اهـ غاية. **قوله في المتن: (وللعبد المديون الأخذ بالشفعة إلخ)** قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي: وإذا باع المولى داراً ومكاتبه شفيعها فله الشفعة لأنه أقرب إلى الأجانب من العبد المأذون فإن ما يأخذه لنفسه فكان أخذه الدار بالشفعة مفيداً اهـ غاية. **قوله: (فللعبد أن يأخذ الدار بالشفعة)** أي لأنه لا يأخذها لمولاه بل لنفسه فكان مفيداً اهـ غاية. **قوله: (لكون المولى لا يملك ما في يد العبد المديون)** أي على قول أبي حنيفة اهـ قال الإتقاني: وذلك لأن المولى لا يملك أكساب عبده المديون عند أبي حنيفة. وعندهما يملك الرقبة ولا يملك التصرف فكان بمنزلة الأجنبي اهـ **قوله: (أو لكون العبد أحق به)** أي

قال رحمه اللّه: (وصح تسليم الشفعة من الأب والوصي والوكيل) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما اللّه، وقال محمد وزفر رحمهما اللّه: لا يجوز وهو على شفعته إذا بلغ الصغير أو بلغ الخبر الموكل وعلى هذا الخلاف بطلان الشفعة بسكوت الأب والوصي عند العلم بالشراء، لزفر ومحمد رحمهما اللّه في الأب والوصي أن هذا إبطال لحق الصبي فلا يصح كالعفو عن قوده وإعتاق عبده وإبراء غريمه، ولأن ولاية تصرفهما نظرية والنظر في الأخذ متعين، ألا ترى أنه شرع لدفع الضرر فكان في إبطاله إلحاق الضرر به فلا يملكه ولهما أن الأخذ بالشفعة في معنى التجارة بل عينها، ألا ترى إنه مبادلة المال بالمال وترك الأخذ بها ترك التجارة فيملكه كما يملك ترك التجارة برد البيع عندما يقال للأب: بعتك هذا المال لابنك الصغير، يوضحه أنه لو أخذه بالشفعة ثم باعه من ذلك الرجل بعينه جاز فكذلك إذا سلمه إليه بل أولى لأنه إذا أخذه ثم باعه منه كانت العهدة على الصبي وفي الأول على البائع أو على المشتري ولأن هذا تصرف دائر بين الضرر والنفع فيحمل أن يكون الترك أنفع بابقاء الثمن على ملك الصغير فيملكه كالأخذ بخلاف العفو عن القود وأختيه لأنه ضرر محض غير متردد لأنه إبطال بغير عوض وهنا بعوض يعد له وهو الثمن فلا يعد ضرراً، وسكوتهما كإبطالهما لأن السكوت ممن يملك الأخذ بالشفعة دليل الإعراض وهذا إذا بيعت بمثل قيمتها وإن بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس في مثله قيل: **جاز التسليم بالإجماع**، لأن النظر متعين فيه، وقيل لا يجوز التسليم بالإجماع **وهو الأصح**، لأنه لا يملك الأخذ **فلا يملك التسليم** كالأجنبي، وإن بيعت بأقل من قيمتها بمحاباة كثيرة فعن أبي حنيفة رضي اللّه عنه لا يصح تسليم الأب والوصي ولا رواية عن أبي يوسف رحمه اللّه، **وهكذا في الهداية**، وفي الكافي قال: ذكر في الحصر والمختلف إذا سلم الأب شفعة الصغير والشراء بأقل من قيمته بكثير فعن أبي حنيفة رحمه اللّه أنه يجوز أيضاً لأنه امتناع عن إدخاله في ملكه لا إزالة عن ملكه، فلم يكن تبرعاً. وعن محمد رحمه اللّه أنه لا يجوز لأنه بمنزلة التبرع بماله ولا رواية عن أبي يوسف رحمه اللّه، وقال في النهاية لما لم يصح التسليم منهما على قول أبي حنيفة رحمه اللّه لا يصح التسليم أيضاً على قول محمد وزفر رحمهما اللّه لأنهما لا يريان تسليم الأب والوصي شفعة الصغير جائزاً فيما إذا بيعت بمثل قيمتها فلأن لا يجوز فيما إذا بيعت بأقل من قيمتها أولى، ولو كان المشتري هو الأب لنفسه كان له أن

على قولهما اهـ **قوله**: (**ولأن تصرفهما**) لعله ولايتهما. **قوله**: (**جاز التسليم بالإجماع**) أي بلا خلاف محمد وزفر لتمحضه ضرراً للصبي اهـ **قوله**: (**وهو الأصح**) كذا في المبسوط اهـ **قوله**: (**فلا يملك التسليم**) فبقي الصبي على حقه إذا بلغ وصار الولي كالأجنبي اهـ **قوله**:

يأخذه بالشفعة لابنه الصغير ما لم يكن فيه ضرر ظاهر على الصغير وكذا لو اشترى لابنه الصغير كان له أن يأخذه بالشفعة ما لم يكن فيه ضرر ظاهر على الصغير وهو أن لا يكون فيه غبن فاحش لأنه معتبر بشرائه وبيعه مال الصغير لنفسه، وفي الشراء يشترط أن لا يكون فيه غبن فكذا في الأخذ بالشفعة، والوصي كالأب في هذا إلا أنه يشترط في حقه أن يكون فيه للصغير نفع ظاهر حتى إذا كان بمثل القيمة لا يجوز **لما ذكرنا أنه** يعتبر بشرائه وبيعه مال الصغير لنفسه في الأب والوصي إذا اشترى مال الصغير لنفسه بمثل القيمة لا يجوز وكذا إذا باعه/ من نفسه بمثل القيمة لا يجوز [١٦٦ب/٣] حتى يكون أكثر منه في الشراء وفي البيع أقل، وفي الأب يجوز بمثل القيمة فيهما فكذا الأخذ بالشفعة، ثم كيفية طلبه أن يقول اشتريت وأخذت بالشفعة متصلاً بكلامه، ولو باع كل واحد منهما ملك الصغير أو ملك نفسه ليس له أن يأخذ بالشفعة لا لنفسه ولا للصغير لما ذكر أن من باع أو بيع له فلا شفعة له، وللصغير أن يطلب الشفعة إذا بلغ فيما إذا باع مال نفسه لا مال الصغير وكذا إذا كان في الشراء غبن كان للصغير أن يطلب الشفعة إذا بلغ لأن كل واحد منهما ليس له أن يأخذه للصغير فلا تبطل شفعة الصغير بسكوته، ولو كان البائع لمال الصغير وصي القاضي كان لوصي الميت أن يأخذه بالشفعة لأنه ليس ببائع فلا يمتنع، وأما الوكيل فالمراد به هاهنا الوكيل بطلب الشفعة وأما الوكيل بالشراء فتسليمه الشفعة صحيح بالإجماع، وكذا سكوته إعراض بالإجماع، ثم الوكيل بطلب الشفعة إنما يصح تسليمه إذا كان في مجلس القاضي عند أبي حنيفة رحمه اللّه، وعند أبي يوسف رحمه اللّه يصح في مجلس القاضي وغيره، وعند محمد وزفر رحمهما اللّه أن تسليمه لا يصح أصلاً، لأنه أتى بضدّ ما أمره به فصار كما لو وكله باستيفاء الدين فأبرأه الوكيل عن الدين، وهما يقولان إنه توكيل بالشراء لأن الأخذ بها شراء والوكيل بالشراء له أن لا يشتري، فكذا هذا له أن يترك الشفعة غير أن أبا يوسف رحمه اللّه يقول هو وكيل مطلقاً فينفذ تصرفه مطلقاً في مجلس القاضي وغيره، وأبو حنيفة رحمه اللّه يقول: إن الوكيل بطلب الشفعة وكيل بالخصومة ولا تعتبر الخصومة إلا في مجلسه فلا يكون وكيلاً في غير مجلس الحاكم، وهذا الخلاف بينهما هو نظير الخلاف في إقرار الوكيل بالخصومة على موكله، ولو أقر هذا الوكيل وهو الوكيل

(**وهكذا ذكر في الهداية**) لفظ ذكر ليس في خط الشارح اهـ **قوله**: (**لما ذكرنا أنه**) أي الأخذ بالشفعة اهـ

بطلب الشفعة على موكله بأنه سلم الشفعة جاز إقراره عليه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما اللّه، إذا كان في مجلس القاضي، وإن كان في غيره فلا يجوز إلا أن يخرج من الخصومة، وقال أبو يوسف رحمه اللّه: يجوز مطلقاً، وقال زفر رحمه اللّه لا يجوز مطلقاً وهي مسألة إقرار الوكيل بالخصومة وموضعها كتاب الوكالة وهي معروفة واللّه أعلم بالصواب.

كتاب القسمة

وهي في اللغة اسم للاقتسام كالقدوة وللاقتداء والأسوة للإنتشاء.

قال رحمه اللّه: (هي جمع نصيب شائع في معين) وهذا في الشريعة وسببها طلب الشركاء أو بعضهم الانتفاع بملكه على وجه الخصوص لأن كل واحد من الشركاء منتفع بنصيب غيره، فالطالب للقسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع غيره عن الانتفاع بنصيبه فيجب على الحاكم أن يجيبه إليه، وركنها هو الفعل الذي يحصل به الإفراز والتمييز بين النصيبين كالكيل والوزن والعد والذرع، وشرطهما أن لا تفوت المنفعة بالقسمة، فإذا كانت تفوت بها منفعته لا يقسم جبراً كالبئر والرحا والحمام ونحو ذلك لأن الغرض المطلوب منها توفير المنفعة، فإذا أدّت إلى فواتها لم يجبر الحاكم عليها **وهي جائزة بالكتاب**، قال اللّه تعالى: ﴿ونبئهم أن الماء قسمة بينهم﴾ [القمر:٢٨]، وقال تعالى: ﴿وإذا حضر القسمة﴾ [النساء:٨]، **وبالسنة** لأنه عليه الصلاة والسلام باشرها في الغنائم والمواريث، وعلى جوازها انعقد الإجماع ولأن فيه إنصاف الشركاء وإظهار العدل بإيصال الحق إلى مستحقه فكان واجباً، وحكمها تعيين نصيب كل واحد منهم حتى لا يكون لكل واحد منهم تعلق بنصيب صاحبه.

قال رحمه اللّه: (وتشتمل على الإفراز والمبادلة وهو الظاهر في المثلي فيأخذ حظه حال غيبة صاحبه وهي في غيره فلا يأخذ) أي القسمة تشتمل على تمييز الحقوق والمبادلة والتمييز هو الظاهر في ذوات الأمثال حتى كان لأحد الشريكين أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه، والمبادلة هي الظاهر في غير المثلي كالثياب والعقار/ [١٦٧ أ/٣] والحيوان حتى لا يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه والدليل على أن فيها معنى الإفراز والمبادلة أن ما يأخذه كل واحد منهما يشتمل كل جزء من أجزائه على النصيبين

كتاب القسمة

مناسبة القسمة بالشفعة من حيث إن كلاً منهما من نتائج النصيب الشائع، ألا ترى أن أقوى أسباب الشفعة الشركة في نفس المبيع وتقديم الشفعة على القسمة لما أن التملك بالشفعة ربما يكون سبباً للقسمة والسبب مقدم على المسبب اهـ إتقاني. **قوله: (وهي جائزة بالكتاب والسنة)** أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن للّه خمسه وللرسول﴾ [الأنفال: ٤١]، وإنما يعلم الخمس من أربعة الأخماس بالقسمة اهـ

فكان نصفه ملكه ولم يستفده من جهة صاحبه فكان إفرازاً والنصف الآخر كان لصاحبه أخذه عوضاً عما في يد صاحبه من نصيبه فكان مبادلة ضرورة إلا أن معنى الإفراز والتمييز في المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة أظهر لعدم التفاوت بين أبعاضه لأن ما يأخذه كل واحد منهما من نصيب شريكه مثل حقه صورة ومعنى **فأمكن أن يجعل عين حقه**، ولهذا جعل عين حقه في القرض والصرف والسلم لأنه لو كان مبادلة لما صح في القرض للافتراق قبل قبض أحد العوضين ولا في السلم والصرف لحرمة الاستبدال فيهما، وكذا في قضاء الدين جعل المقبوض عين حقه حتى يجري فيه الجبر، ولو كان غيره لما جرى إذ لا يجبر أحد على المعاوضة، وكذا جاز لأحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه، ولو كان مبادلة لما جاز، **وكذا لو كانا اشترياه جاز لأحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة** على حصته من الثمن ولو كان مبادلة لما جاز، ومعنى المبادلة في غير المثلي أظهر للتفاوت فلا يمكن أن يجعل كأنه أخذ عين حقه لعدم المعادلة بينهما بيقين فلا يمكن إجراء الأحكام التي ذكرناها في المثلي، إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة بطلب بعضهم لما فيها من معنى الإفراز وفيها تكميل المنفعة والمقاصد متقاربة لاتحاد الجنس وجاز الإجبار عليها لدفع الضرر عنهم والمبادلة قد يجري فيها الإجبار دفعاً للضرر كالأخذ بالشفعة وقضاء الدين لأن المقبوض ليس عين الدين حقيقة وإنما هو بدل عنه وهذا لأن الطالب للقسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه وأن يمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي أن يجيبه وإن كان أجناساً مختلفة لا يجبر عليها الفحش التفاوت في المقاصد، فلا يمكن اعتبار الإفراز فيها فكانت مبادلة من كل وجه ولا جبر فيها مع إمكان الوصول إلى حقه، ولو تراضوا عليها جاز لأن الحق لهم.

قال رحمه الله: (ويجبر في متحد الجنس عند طلب أحد الشركاء لا في غيره) أي إذا طلب بعض الشركاء القسمة يجبر الآبي على القسمة في متحد الجنس **سواء كان من ذوات الأمثال أو لا** ولا يجبر في غير متحد الجنس كالغنم مع الإبل لما بينا من المعنى.

إتقاني. **قوله**: (**فأمكن أن يجعل عين حقه**) أي لاستوائهما في تعلق المصالح والأغراض بهما اهـ إتقاني. **قوله**: (**وكذا لو كانا اشترياه**) أي ثم اقتسماه اهـ إتقاني. **قوله**: (**جاز لأحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة**) أي بعد القسمة اهـ إتقاني. **قوله**: (**سواء كان من ذوات الأمثال أو لا**) قال في الفتاوى الصغرى: القسمة ثلاثة أنواع، قسمة لا يجبر الآبي كقسمة الأجناس المختلفة، وقسمة يجبر في ذوات الأمثال كالمكيلات والموزونات، وقسمة يجبر الآبي في غير

قال رحمه اللّه: (وندب نصب قاسم رزقه في بيت المال ليقسم بلا أجر) لأن القسمة من جنس عمل القضاء من حيث إنه يتم به قطع المنازعة فأشبه رزق القاضي، ولأن منفعته تعود إلى العامة كمنفعة القضاة والمقاتلة والمفتين؛ فتكون كفايته في بيت المال لأنه أعد لمصالحهم كنفقة هؤلاء.

قال رحمه اللّه: (وإلا نصب قاسم يقسم بأجر بعدد الرؤوس) أي إن لم ينصب قاسم رزقه في بيت المال نصب قاسم يقسم بأجر على المتقاسمين، لأن النفع لهم على الخصوص وليس بقضاء حقيقة حتى جاز للقاضي أن يأخذ الأجر على القسمة، وإن كان لا يجوز له على القضاء، ألا ترى أنه لا يفترض عليه أن يقسم بينهم بالمباشرة ومباشرة القضاء فرض عليه ويقدّر له القاضي أجر مثله كيلا يطمع في أموالهم ويتحكم بالزيادة، والأفضل أن يرزق من بيت المال لأنه أروج وأرفق بالعامة **وأبعد عن تهمة مواضعة** القاضي مع القاسم، وقوله: بعدد الرؤوس، أي تجب عليهم الأجرة على عدد الرؤوس ولا تتفاوت بتفاوت الأنصباء، وهذا عند أبي حنيفة رضي اللّه عنه على ما يجيء بيانه من قريب إن شاء اللّه تعالى.

قال رحمه اللّه: (ويجب أن يكون عدلاً أميناً عالماً بالقسمة) لأنه من جنس عمل القضاء ولأنه لا بد من الاعتماد على قوله والقدرة على القسمة، وذلك بالأمانة والعلم.

قال رحمه اللّه: (ولا يتعين قاسم واحد) لأنه لو/ تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله، ولهذا المعنى لا يجبرهم الحاكم أن يستأجروه، ولأن القسمة فيها معنى [١٦٧ ب/٣]

المثليات كالثياب من نوع واحد والبقر والغنم، والخيارات ثلاثة خيار شرط وخيار عيب وخيار رؤية، ففي قسمة الأجناس المختلفة يثبت الخيار أجمع، وفي قسمة ذوات الأمثال كالمكيلات والموزونات يثبت خيار العيب دون خيار الشرط والرؤية، وفي قسمة غير المثليات كالثياب من نوع واحد والبقر والغنم يثبت خيار العيب وهل يثبت خيار الرؤية والشرط على رواية أبي سليمان يثبت وهو الصحيح وعليه الفتوى، وعلى رواية أبي حفص لا يثبت اهـ إتقاني. قوله: يثبت الخيار أجمع أقول لأنها مبادلة من كل وجه كما قاله الشارح. وقوله: في القسمة الثانية يثبت خيار العيب دون خيار الشرط والرؤية أقول إنما ثبت له خيار العيب للحوق الضرر به بخلاف خيار الشرط والرؤية إذ لا فائدة في إثباتهما لعدم الضرر وفي قسمة غير المثليات يثبت خيار العيب بالاتفاق ويثبت خيار الرؤية والشرط أيضاً على الصحيح. قلت: ولعل وجهه أن الغالب فيها معنى المبادلة بخلاف قسمة ذوات الأمثال فإن معنى الإفراز غالب واللّه الموفق اهـ **قوله: (وأبعد عن تهمة مواضعة إلخ)** قال في الهداية: وأبعد عن التهمة اهـ أي تهمة الميل إلى أحد المتقاسمين لسبب ما

المبادلة وهي تشبه القضاء على ما بينا ولا جبر فيهما، **ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز** لما ذكرنا أن فيها معنى المبادلة وهي تشبه القضاء فتجوز بالتراضي كسائر المعاوضات والتحكيم **إلا إذا كان فيهم صغير** لأن تصرفه لا ينفذ ولا ولاية لهم عليه.

قال رحمه الله: (ولا يشترك القسام) أي يمنعهم القاضي من الاشتراك كي لا يتضرر الناس لأن الأجرة تصير بذلك غالية، **لأنهم إذا اشتركوا يتواكلون** وعند عدم الشركة يتبادرون إليها خشية الفوت فيرخص الأجر بسبب ذلك، ثم أجرة القسمة على عدد الرؤوس **عند أبي حنيفة** رحمه الله، **وقالا: على قدر الأنصباء** لأنه مؤنة الملك فيتقدّر بقدره كأجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشترك وحمل الطعام المشترك وغسل الثوب المشترك ونفقة الشيء المشترك وكبناء الجدار المشترك وتطيين السطح المشترك، ولأن المقصود بالقسمة أن يتوصل كل واحد منهم إلى الانتفاع بنصيبه ومنفعة نصيب صاحب الكثير أكثر فتكون مؤنته عليه أكثر، وهذا نظير زوائد العين المشتركة لما كان ما يحصل منها لصاحب الكثير أكثر كانت مؤنة العين عليه أكثر ولأبي حنيفة رحمه الله أن الأجر مقابل بالتمييز وأنه لا يتفاوت، وربما يصعب الحساب بالنظر إلى القليل وقد ينعكس الأمر **باعتبار كسور فيه** فيتعذر اعتباره، ألا ترى أنه لا يتصور تمييز القليل من الكثير إلا بما يفعله فيهما فيتعلق الحكم بأصل التمييز لأن عمل الإفراز واقع لهما جملة بخلاف حفر البئر، لأن الأجر مقابل بنقل التراب وهو متفاوت، والكيل والوزن إن كان للقسمة قيل هو على الخلاف فلا يرد، وإن لم يكن للقسمة فالأجرة مقابلة بعمل الكيل والوزن لا بالتمييز وعمل الكيل

يعطيه بعض الشركاء زيادة قاله السيد اهـ **قوله: (ولو اصطلحوا فاقتسموا)** أي بلا قاسم القاضي اهـ إتقاني. **قوله: (جاز)** أي لأن الحق لهم اهـ غاية. **قوله: (إلا إذا كان فيهم صغير)** أي فلا تجوز القسمة حينئذ بتراضيهم لأنه لاوية لهم على الصغير فلا بد حينئذ من الرجوع إلى القاضي حتى يأمر من يقسم بينهم اهـ إتقاني. وكتب ما نصه: بخط قارئ الهداية رحمه الله تحت قوله صغير أو مجنون أو غائب اهـ **قوله: (لأنهم إذا اشتركوا يتواكلون)** التواكل أن يكل بعضهم الأمر إلى البعض قاله الإتقاني رحمه الله. **قوله: (عند أبي حنيفة)** وقول مالك كقول أبي حنيفة ذكره أبو القاسم بن الجلاب البصري اهـ غاية. **قوله: (وقالا على قدر الأنصباء)** وبه قال الشافعي وأحمد وأصبغ المالكي اهـ عيني. وكتب ما نصه: وثمرة الاختلاف تظهر فيما إذا كان المال بين ثلاثة لأحدهم سدسه وللآخر ثلثه وللآخر نصفه فأجرة القسام عليهم أثلاثاً عنده وعندهما أسداساً اهـ غاية. **قوله: (باعتبار كسور فيه)** فلما كان كذلك لم يلتفت إلى القلة والكثرة لأن في صعوبة كل خفاء فاعتبر أصل التمييز وهما فيه سواء كما في السفر لما كان في المشقة خفاء أدير الحكم على نفس السفر اهـ

والوزن يتفاوت. ولو أطلقنا الجواب ولم نفرق بين أن يكون الكيل والوزن للقسمة أو لغيره وأوجبنا في الكل على قدر الأنصباء كان العذر له فيه ما ذكرنا من أن الأجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو متفاوت **فلا يلزمه**، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي ومال بعضهم إلى الأول فأوجب الأجر على السواء إن كان للقسمة وإلا فعلى قدر الأنصباء، وفي الحمل الأجر مقابل بالنقل وهو يتفاوت بخلاف التمييز، وفي الغسل مقابل بالتنظيف فيتقدر بقدر الملك، لأنه يتفاوت وبخلاف النفقة لأنها لإبقاء الملك فتتفاوت بتفاوته، وفي البناء والتطيين الأجر مقابل بنفس البناء والتطيين وهو مقدر بالمكان بخلاف التمييز، والزوائد تتولد من الملك فتستحق بقدر الملك، وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه أن الأجرة على الطالب للقسمة دون الممتنع لأن الطالب هو المنتفع بالقسمة دون الآخر.

قال رحمه الله: (ولا يقسم العقار بين الورثة بإقرارهم حتى يبرهنوا على الموت وعدد الورثة) وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه. وقالا: يقسم باعترافهم لأن اليد دليل الملك، لأنه في أيديهم والإقرار دليل الصدق ولا منازع لهم فيقسم بينهم فصار كما إذا كان الموروث منقولاً أو كان العقار مشترى وهذا لأنهم لا منكر لهم ولا بينة إلا على المنكر فلا تفيد البينة بلا إنكار، لكنه يذكر في كتاب القسمة أنه قسمة باعترافهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم حتى لا يعتق أمّهات أولاده ولا مدبروه لعدم ثبوت موته في حقهم بخلاف ما إذا كانت القسمة بينة، ولأبي حنيفة رحمه الله أن القسمة قضاء على الميت إذا التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة **حتى لو حدثت الزيادة منها قبل القسمة** تنفذ وصاياه فيها بخلاف ما بعد القسمة، وإذا كان قضاء على الميت فالإقرار منهم ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وقد أمكن ذلك بجعل أحدهم خصماً عن الميت / وغيره عن أنفسهم، لأن الوارث نائب عنه وإقرار الخصم لا يمنع [١٦٨/أ ٣] من قبول البينة إذا كان في قبولها فائدة، ألا ترى أنه لو ادعى إنسان على ميت ديناً فأقر

إتقاني. **قوله: (فلا يلزمه)** قال في مختصر الأسرار: قال أبو حنيفة: أجرة القسام على عدد الرؤوس دون الأنصباء إلا في المكيل والموزون فإنها تكون على عدد الأنصباء اهـ إتقاني.
قوله: (حتى لو حدثت الزيادة منها قبل القسمة إلخ) وتقضي منها الديون ولهذا لو أوصى بعبده لإنسان ثم مات وهو يخرج من ثلثه ثم زادت قيمته قبل القسمة لم يسلم كله له وبعد القسمة ينقطع حق الميت بالكلية حتى كانت الزيادة لمن وقع في قسمه فإذا تعدى التصرف إلى الميت بقطع حقه لم يكن بد من إقامة البينة بخلاف الموروث المنقول لأن في قسمته نظراً للميت لحفظ ماله لأنه لو هلك، هلك على الميت والإهلاك في العقار اهـ غاية. (فرع) التركة قبل القسمة مبقاة على ملك الميت لكنها تصير ملكاً للورثة من وجه

الوارث بذلك فأقام المدعي بينة تقبل بينته لأنها تثبت الدين على الميت حتى يقدّم على الورثة كلهم ويزاحم الغرماء، ولا كذلك إذا كان ثبوته بإقرار الوارث فإنه لا يثبت إلا في حقه خاصة، وكذا الجواب **لو كان مكان الوارث وصي** والمسألة بحالها بخلاف المنقول لأن في القسمة فيه نظراً لأنه يخشى عليه التلف، وفي القسمة حفظه وجعله مضموناً على القابض فتعينت القسمة إذ القاضي نصب ناظراً والعقار محصن بنفسه وهو غير مضمون بالقبض عنه فلا حاجة إلى القسمة بغير ثبوت، وبخلاف العقار المشترى لأن المبيع زال عن ملك البائع قبل القسمة فلا يمكن إبقاؤه، فلم تكن القسمة قضاء على الغير على أنه روي عن أبي حنيفة رضي اللّه عنه في غير رواية الأصول أن العقار المشتري أيضاً لا يقسم، لأنه محصن بنفسه فلا يخشى عليه التلف فلا حاجة فيه إلى القسمة فسوى في هذه الرواية بين المشتري والموروث، والفرق على ظاهر الرواية ما ذكرناه وهو أن القسمة تكون قضاء على الميت في الموروث لبقاء ملكه فيه ولا تكون قضاء على البائع لعدم ملكه فيه لأنه خرج عن ملكه بالبيع.

قال رحمه اللّه: (**ويقسم في المنقول والعقار المشترى** ودعوى الملك) أي يقسم في المنقول الموروث والعقار المشترى وفيما إذا ادعوا الملك ولم يذكروا كيفية انتقاله إليهم بقولهم من غير إقامة البينة، أما في المنقول الموروث والعقار المشترى فلما بينا من المعنى والفرق، وأما فيما إذا ادعوا الملك **ولم يذكروا كيف**

كما سيأتي بعد ورقة في الشرح اهـ (فرع آخر) الزوائد الحادثة قبل القسمة تحدث على ملك الميت حتى لو كانت التركة شجرة فأثمرت كانت الثمرة له حتى تقضي منها ديونه وتنفذ منها وصاياه اهـ بدائع في القسمة. **قوله: (لو كان مكان الوارث وصي)** يعني إذا أقر الوصي بدين على الميت يدعيه إنسان يكلف المدعي إقامة البينة ويكون الوصي خصماً له وإن كان مقراً اهـ **قوله في المتن: (ويقسم في المنقول)** قال الإتقاني قال في شرح الأقطع: هذا الذي ذكره استحسان والقياس أن لا يقسمه لما ذكرنا في العقار اهـ **قوله في المتن: (والعقار المشتري)** قال في الهداية: ولو ادعوا أنهم اشتروه قسمة بينهم، قال الإتقاني: هذا لفظ القدوري أيضاً، قال في شرح الأقطع: هكذا ذكره محمد في كتاب القسمة وذكر في الجامع الصغير: أنه لا يقسم حتى يقيموا البينة على الملك وجه الرواية الأولى أن المبيع بعد القبض ليس على ملك البائع فيه حق ملك فقسم بقولهم ووجه رواية الجامع الصغير أنهم اعترفوا بالملك للبائع وادعوا انتقاله إليهم فلا يقبل إلا ببينة كما لو ادعوا الميراث، والفرق بينهما أن قسمة الميراث تقتضي الحكم بالموت وذلك يتعلق به أحكام كثيرة منها حلول الدين وعتق أمهات الأولاد والمدبرين وهذه الأحكام لا يجوز إثباتها بقول الوارث،

انتقل إليهم فلأنه ليس في القسمة قضاء على الغير فإنهم لم يقروا بالملك لغيرهم فيكون مقتصراً عليهم فيجوز **وهذا رواية كتاب القسمة**، وفي الجامع الصغير: أرض ادّعاها رجلان وأقاما البينة أنها في أيديهما وأراد القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة أنها لهما لاحتمال أن تكون لغيرهما، **ثم قيل هو** قول أبي حنيفة رحمه اللّه، **وقيل هو** قول الكل وهو الأصح لأن القسمة إنما تكون إما لحق الملك تتميماً للمنفعة أو لحق اليد تتميماً للحفظ فالأول ممتنع لعدم الملك والثاني غير محتاج إليه لكونها محصنة بنفسها.

قال رحمه اللّه: (ولو برهنا أن العقار في أيديهما لم يقسم حتى يبرهنا أنه لهما) أي لو أقام رجلان بينة أن العقار في أيديهما وطلبا من القاضي أن يقسمه بينهما لا يقسمه بينهما حتى يقيما البينة أن العقار ملكهما لاحتمال أن يكون هو لغيرهما، وهذا هو المذكور في الجامع الصغير، وقد بينا الوجه فيه، والمصنف رحمه اللّه ذكر هذه المسألة بعينها قبيل هذا بقوله: ودعوى الملك، لأن المراد فيها أن يدعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل إليهم ولم يشترط فيها إقامة البينة على أنه ملكهم وهو رواية القدوري، وشرط هاهنا وهو رواية الجامع الصغير وكان ينبغي أن يبين اختلاف الروايتين بأن يقول في الجامع الصغير كذا وفي مختصر القدوري كذا لأن الصور متحدة غير أن فيها اختلاف الروايتين كما رأيت، وفي مثله تبين الروايتان ولا يذكرون كل واحدة على حدة لأن ذلك يوهم باختلاف الصور على أنه لا يليق في مثل هذا المختصر إلا ذكر إحدى الروايتين.

قال رحمه اللّه: (ولو برهنا **على الموت** وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب أو صبي قسم ونصب وكيل أو وصي يقبض نصيبه) أي وكيل يقبض نصيب الغائب أو وصي يقبض نصيب الصبي، لأن في نصبه نظراً للصغير والغائب،

فلهذا لم يحكم في الميراث بقولهم وليس كذلك الشراء اهـ **قوله: (ولم يذكروا كيف انتقل إليهم)** يعني لم يذكر سبب الانتقال إليهم من الشراء والإرث وغيرهما وذلك لأن من في يده شيء فالظاهر أنه له فقبل قولهم في القسمة اهـ إتقاني. **قوله: (وهذا رواية كتاب القسمة)** أي من المبسوط اهـ إتقاني. **قوله: (ثم قيل هو إلخ)** أي المذكور في الجامع الصغير وهو قوله: لم يقسمها حتى يقيماً البينة على الملك قول أبي حنيفة خاصة لا قوله لأن عند أبي حنيفة في الميراث لا يقسم بدون البينة، وهذا العقار يحتمل أن يكون موروثاً وغير موروث فلا يقسم احتياطاً، وعندهما يقسم في الموروث بدون البينة فهاهنا أولى اهـ إتقاني. **قوله: (وقيل هو)** أي قول محمد في الجامع الصغير اهـ **قوله في المتن: (ولو برهنا على الموت إلخ)** هذا إذا لم تكن الدار في يد الغائب أو شيء منها فإذا كان في يده شيء لم يقسمها

ولا بد من إقامة البينة عند أبي حنيفة رحمه الله لما بينا في المسألة الأولى، بل أولى لأن في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير، وعندهما يقسم بقولهم على نحو ما ذكر هنا ويشهد أنه قسمها باعتراف الحاضرين / فإن الصغير أو الغائب على حجته. [١٦٨ ب/٣]

قال رحمه الله: (ولو كانوا مشترين وغاب أحدهم أو كان العقار في يد الوارث الغائب أو حضر وارث واحد لم يقسم) أي لم يقسم المال المشترك مع غيبة بعضهم في هذه الصور كلها، أما إذا كانوا مشترين فلأن الملك الثابت ملك جديد بسبب باشره، ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصماً عن الغائب بخلاف الإرث، لأن الملك الثابت به ملك خلافة حتى يرد بالعيب فيما اشتراه المورث ويرد عليه فيما باعه هو ويصير مغروراً بشراء المورث، فانتصب أحدهما خصماً عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين وصح القضاء لقيام البينة على خصم حاضر، وفي الشراء قامت على خصم غائب فلا تقبل ولا يقضي عليه، وأما إذا كان العقار في يد الوارث الغائب فلأن في القسمة قضاء على الغائب بإخراج الشيء من يده من غير خصم حاضر عنه، وكذا إذا كان بعضه في يده والباقي في يد الحاضر، وكذا إذا كان في يد مودعه أو في يد الصغير أو شيء منه لأنه يكون قضاء على الغائب أو على الصغير من غير خصم حاضر عنه، لأن الأمين أو الصغير ليس بخصم **ولا فرق في هذا الفصل** بين إقامة البينة وعدمها في الصحيح، وفي بعض روايات المبسوط وغيره يقسم **إذا أقام الحاضرون البينة** على الموت وعدد الورثة، لأنها قامت لإثبات ولاية القاضي في تركة الميت فتقبل، ولأن الورثة ينتصبون خصماً عن الميت وينتصب بعضهم خصماً عن بعض، وقلما يكون الورثة كلهم حضوراً فلو لم يقبل القاضي البينة لتضرروا وهو مدفوع وجوابه ما بينا. وأما إذا حضر وارث واحد فلأنه لا يصلح أن يكون مخاصماً ومخاصماً فكذا لا يصلح مقاسماً ومقاسماً، فلا بد من حضور شخصين على ما بينا لأنه إن كان خصماً عن نفسه فليس أحد بخصم عن الميت والغائب وإن كان خصماً عنهما فليس أحد يخاصمه عن نفسه ليقيم البينة عليه فتعذر الحكم بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين، وعن أبي يوسف رحمه الله أن القاضي ينصب عن الغائب خصماً ويسمع البينة عليه ويقسم الدار، وجه الظاهر أن التركة قبل القسمة وإن كانت مبقاة على حكم ملك الميت صارت ملكاً للورثة من وجه حتى لو أعتق واحد منهم عبداً من التركة قبل

وسيجيء بيانه بعد هذا اهـ إتقاني. **قوله: (ولا فرق في هذا الفصل)** أي في أنه لا يقسم إذا كان العقار في يد الوارث. **قوله: (إذا أقام الحاضرون البينة إلخ)** وإليه ذهب صاحب التحفة حيث قال: وإن كانت الدار في يد الغائب أو في يد الصغير أو في أيديهما منها شيء فإنه

القسمة نفذ عتقه في نصيبه فكان كل واحد منهم طالباً للارتفاق في نصيبه فتكون القسمة على هذا التقدير قضاء على الغائب من غير خصم حاضر عنه، ولئن جاز للقاضي نصب الوصي من حيث إنه دعوى على الميت لا يجوز له نصب الوصي من حيث إنه دعوى على شركائه الغيب، فلا يجوز له نصب الوصي بالشك بخلاف ما إذا ادعى أجنبي على الميت ديناً حيث يجوز له نصب الوصي عن الميت لأنه دعوى على الميت من كل وجه، وللقاضي أن ينصب الأوصياء عن الموتى لا عن الأحياء، وإذا تعذر نصب الوصي والواحد لا يصلح خصماً عن الميت وعن سائر الشركاء، وأن يكون مدعياً ومدعى عليه، تعذر قبول البينة لأنها لا تقبل من غير خصم حاضر، ولو كان الحاضر صغيراً وكبيراً نصب القاضي عن الصغير وصياً وقسم إذا أقيمت البينة، لأن الدعوى على الصبي الحاضر صحيحة كالكبير الحاضر، إلا أنه عجز عن الجواب فينصب القاضي عنه وصياً ليجيب عنه خصمه، بخلاف ما إذا كان الصغير غائباً لأن الدعوى عليه غير صحيحة كالكبير الغائب، وكذا إذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث في الدار وطلبا القسمة وأقاما البينة على الميراث والوصية يقسم، لأن الموصي له شريك في الدار فصار كواحد من الورثة فانتصب هو خصماً عن نفسه والوارث عن الميت وعن بقية الورثة فصار كما لو حضر وارثان، ولو حضر الموصى له وحده [وادّعى](١) لا تسمع بينته ولا يقسم لعدم الخصم عن الميت / ذكره في الذخيرة. [١٦٩/أ/٣]

قال رحمه اللّه: (وقسم بطلب أحدهم لو انتفع كل بنصيبه) لأن فيها تكميل المنفعة إذا كان كل واحد منهم ينتفع بنصيبه بعد القسمة فكانت القسمة حقاً لهم فوجب على القاضي إجابتهم.

قال رحمه اللّه: (وإن تضرر الكل لم يقسم إلا برضاهم) وذلك مثل البئر والرحا والحائط والحمام، لأن القسمة لتكميل المنفعة، وفي هذا تفويتها فيعود على موضوعه بالنقض، وهذا لأن الطالب للقسمة متعنت وهو يريد ادخال الضرر على غيره مع ذلك فلا يجيبه الحاكم إليه، لأنه اشتغال بما لا يفيد بل بما يضر ويجوز بالتراضي، لأن الحق لهم وهم أعرف بحاجتهم، ولكن القاضي لا يباشر ذلك وإن طلبوا منه لأن القاضي لا يشتغل بما لا فائدة فيه ولا سيما إذا كان فيه إضرار أو إضاعة للمال لأن ذلك حرام ولا يمنعهم من ذلك لأن القاضي لا يمنع من أقدم على إتلاف ما له في الحكم وهذا من جملته.

لا يقسم حتى تقوم البينة على الميراث وعدد الورثة بالإتفاق اهـ غاية.

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

قال رحمه اللّه: (وإن انتفع البعض وتضرر البعض لقلة حظه قسم بطلب ذي الكثير فقط) أي صاحب الكثير **كذا ذكر الخصاف** رحمه اللّه، ووجهه أن صاحب الكثير يطلب من القاضي أن يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره عن الانتفاع بملكه وهذا منه طلب الحق والإنصاف فإن له أن يمنع غيره من الانتفاع بملكه فوجب على القاضي أن يجيبه إليه، لأنه نصب لإيصال الحقوق إلى أهلها ودفع المظالم ولا يعتبر تضرر الآخر لأنه يريد أن ينتفع بملك غيره فلا يمكن من ذلك وإن لحقه بالمنع ضرر ولو طلب صاحب القليل مع أنه لا ينتفع به لا يجيبه لأنه متعنت في طلب الضرر على نفسه لأن القاضي لا يشتغل بما لا يفيد وذكر الجصاص على عكسه لأن صاحب الكثير يريد الإضرار بغيره والآخر راض بضرر نفسه فيجيبه، وذكر الحاكم أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي لأنه إن طلب صاحب القليل القسمة فقد رضي بضرر نفسه وإن طلبها صاحب الكثير فقد طلب أن ينتفع بنصيبه فيجيب كل واحد منهما، **والأصح ما ذكره الخصاف**، لأن القاضي يجب عليه إيصال الحق إلى مستحقه، وفي طلب صاحب الكثير ذلك ولا يلزمه أن يجيبهم إلى إضرار أنفسهم وفي طلب

قوله: (كذا ذكر الخصاف) يعني في أدب القاضي اهـ **قوله: (والأصح ما ذكره الخصاف)** قال في الهداية: والأصح المذكور في الكتاب قال الإتقاني أي في مختصر القدوري: وهو الأول أي المذكور في الكتاب هو المذكور أولاً وهو أنه لا يقسم إلا إذا طلب صاحب القليل لا عن تعنت والتعنت طلب العنت وهو المشقة، وقال الإتقاني: قبل هذا ما نصه: وقال في الفتاوى الصغرى: دار بين رجلين طلبا القسمة جميعاً وتراضيا بذلك وليس نصيب كل منهما مما ينتفع به فإن القاضي يقسم ذلك بينهما لأن الملك لهما وقد تراضيا بهذا الضرر وإن طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر لم يقسم القاضي بينهما لأن الطالب متعنت مضر بالآخر وإن كان الضرر يدخل على أحدهما بأن كان نصيبه قليلاً بحيث لا يبقى منتفعاً به بعد القسمة ونصيب الآخر كثير يبقى منتفعاً به بعد القسمة فطلب صاحب الكثير القسمة وأبى الآخر فالقاضي يقسم وإن طلب صاحب القليل وأبى الآخر لا يقسم هكذا ذكر الخصاف يعني في أدب القاضي، وذكر الجصاص على عكس هذا وما ذكره الخصاف اصح وذكر في قسمة الواقعات دار بين شريكين لأحدهما كثير والآخر قليل لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة طلب صاحب الكثير القسمة وأبى صاحب القليل قسمت الدار بينهما بالاتفاق فإن طلب صاحب القليل وأبى صاحب الكثير قال الكرخي في مختصره: لا يقسم وإليه مال الفقيه أبو الليث وجعل هذا قول أصحابنا وبه أخذ شمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام الإسبيجابي وذكر الحاكم الجليل في مختصره أنه يقسم وإليه ذهب شيخ الإسلام خواهرزاده وعليه الفتوى، وهذا خلاف ما ذكر في أدب القاضي إلى هنا لفظ الفتاوى

صاحب القليل ذلك، وقال ابن أبي ليلى: لا يقسم بطلب البعض إلا إذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه لأن المقصود بالقسمة تكميل المنفعة وتحصيلها لا تفويتها والمعتبر فيها المعادلة بينهم في المنفعة وإذا أدت القسمة إلى الإضرار بالبعض لم تكن مشروعة لأنها تقع على ضرر فصار كما إذا كان كلهم لا ينتفعون، وكما إذا طلب صاحب القليل، قلنا: إن طالب القسمة يطلب حقه وأن ينتفع بملكه ويمنع غيره من الانتفاع بملكه فيجب على القاضي إيصال حقه على ما بينا. والضرر الذي يلحقه بمنع الانتفاع بملك الغير لا يعد ضرراً فلا يبالي به ولا يمنع الحكم بالعدل كما في سائر المواضع لأن المحكوم عليه لا بدّ له من الضرر، ولو كان ذلك مانعاً من الحكم بالعدل لما وصل أحد إلى حقه.

قال رحمه الله: (ويقسم العروض من جنس واحد) لأن اعتبار المعادلة في المنفعة والمالية ممكن عند اتحاد الجنس لاتحاد المقصود فيه فيقع تمييزاً فيملك القاضي الإجبار عليها.

قال رحمه الله: (ولا يقسم جنسان والجواهر والرقيق والحمام والبئر والرحا إلا برضاهم) أما الجنسان فلعدم الاختلاط بينهما فلا تقع القسمة تمييزاً بل تقع معاوضة فيعتمد التراضي دون جبر القاضي لأن إجباره عليها على اعتبار التمييز، وأما الجواهر فلأن جهالتها متفاحشة، ألا ترى أنها لا يصلح غير المعين منها عوضاً عما ليس بمال كالنكاح والخلع، وقيل: لا تقسم الكبار منها لفحش التفاوت وتقسم الصغار لقلة التفاوت، وقيل: إذا اختلف جنسها لا تقسم وإن اتحد تقسم/ كسائر الأجناس، وأما [١٦٩ ب/٣] الرقيق فالمذكور هنا قول أبي حنيفة رحمه الله، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تجوز قسمة الرقيق لاتحاد الجنس، والتفاوت في الجنس الواحد لا يمنع القسمة كما في الإبل والغنم، ولهذا يقسم الرقيق في الغنيمة بين الغانمين وصح تسميته في النكاح مهراً ونحوه، ولأبي حنيفة رحمه الله أن التفاوت في الرقيق فاحش لتفاوت المعاني الباطنة كالذهب والكياسة، لأن من العبيد من يصلح للأمانة ويعتمد على كلامه ويحسن التجارة وغيرها من الصنائع كالكتابة، ومنهم من لا يصلح لشيء منها فلا يمكن جمع نصيب كل واحد منهم في واحد فتعذر الإفراز والتمييز فلا تكون قسمة، وإنما هي مبادلة ولا جبر عليها بخلاف سائر الحيوانات، لأن الانتفاع بها لا يختلف إلا شيئاً يسيراً وذلك مغتفر في القسمة، ألا ترى أن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان مختلفان ومن الحيوان جنس واحد فلا يجوز القياس عليه، وكذا لو اشترى

الصغرى. وقال الحاكم الشهيد في مختصر الحاكم، وقال أبو حنيفة: إنما أمنع القسمة إذا كان الضرر عليهما جميعاً وإن كان الضرر على أحدهما دون الآخر قسمته أيهما طلب

المضارب عبدين وقيمة كل واحد منهما قدر رأس المال لم يتبين الربح ولو كان الرقيق كالجنس الواحد لتبين كالثوبين والفرسين، وقسمة الغنائم تجري في الأجناس فلا تلزم لأن حق الغانمين تعلق بالمالية دون العين حتى كان للإمام أن يبيع الغنائم ويقسم الثمن بينهم وفي غير الغنائم ليس له أن يبيع ملك غيره إلا بإذن صاحبه فامتنع القسمة فيه لأنها مبادلة، وهذا الخلاف فيما إذا كان الرقيق وحدهم وليس معهم شيء آخر من العروض وهم ذكور فقط **أو إناث فقط**، وأما إذا كانوا مختلطين بين الذكور والإناث لا يقسم بالإجماع لأن الذكور والإناث من بني آدم جنسان لاختلاف المقاصد على ما عرف ولا يقسم الجنسان، وإن كان مع الرقيق شيء آخر مما يقسم جازت القسمة في الرقيق تبعاً لغيرهم بالإجماع ويجبرهم القاضي بطلب البعض وكم من شيء يدخل تبعاً وإن لم يجز دخوله قصداً كبيع الشرب والطريق يدخل في بيع الأرض تبعاً ولا يجوز بيعه وحده، وأما الحمام والبئر والرحا فلما ذكرنا من إلحاق الإضرار بالكل.

قال رحمه اللّه: (دور مشتركة أو دار وضيعة أو دار وحانوت قسم كل واحد على حدة) أما الدور المشتركة فالمذكور هنا قول أبي حنيفة رضي اللّه عنه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما اللّه تقسم الدور بعضها في بعض إذا كانت في مصر واحد وكانت القسمة أصلح لهم لأن الدور جنس واحد نظراً إلى اتحاد الاسم والصورة، وأصل السكنى أجناس نظراً إلى اختلاف الأغراض وتفاوت منفعة السكنى باختلاف المحال فكان مفوّضاً إلى رأي القاضي، وهذا لأن المعتبر في القسمة تكميل المنفعة والمعادلة فيها، وفي المالية والمقصود دفع الضرر عن الشركاء وإذا قسّم كل دارٍ على حدة ربما يتضرر كل واحد منهم لتفرق نصيبه وإذا قسم الكل قسمة واحدة يجتمع نصيب كل واحد منهم في دار واحدة، وينتفع بذلك والقاضي نصب ناظراً فكان الرأي إليه، ولأبي حنيفة رحمه اللّه أن الدور أجناس مختلفة لأن المقصود يختلف باختلاف المحال والجيران والقرب إلى المسجد والماء اختلافاً فاحشاً فلا يمكن التعديل في القسمة فلا يجوز جمع نصيب كل واحد منهم في دار إلا بالتراضي، ألا ترى أن التوكيل بشراء دار لا يجوز، وكذا التزوج بها كما هو الحكم في التوكيل بشراء ثوب، وفي التزوج على ثوب وهذا يؤذن بأن الجنس مختلف، فهذا هو الأصل لامتناع القسمة، ولا تجوز إلا في متحد الجنس فيقسم كل مكيل وموزون ومعدود متقارب كالقمح يقسم بانفراده، وكذا الشعير ولا يجمع بينهما في القسمة إلا

القسمة إلى هنا لفظ الحاكم اهـ غاية. **قوله**: (**أو إناث فقط**) فإن كانوا ذكوراً وإناثاً لا يقسم

بتراضيهم، وكذا الإبل والبقر والغنم يقسم كل جنس منه بانفراده ولا يجمع/ لما [١٧٠/٣/١] ذكرنا وكذا الثياب الهرية والمروية وتبر الذهب والفضة والنحاس والأواني منها يقسم كل جنس على حدة ولا يجمع بين الأجناس لما ذكرنا، واختلاف بيوت دار واحدة لا يمنع القسمة لأن في قسمة كل بيت على حدة ضرراً، وكذا إذا كانت في محلة أو محال لما ذكرنا من الضرر والتفاوت أيضاً يسير، بخلاف الدور والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة كالدور لأنه بين الدار والبيت فأخذ شبهاً من كل واحد منهما، والدور في مصرين لا تقسم بالإجماع فيما رواه هلال، وعن محمد رحمه الله أنها تقسم، وأما الدور والضيعة أو الدور والحانوت فلاختلاف الجنس **ذكره الخصاف** رحمه الله، وقال في إجارة الأصل إن إجارة الدار بمنافع الحانوت لا تجوز **وهذا يدل على أنهما جنس واحد** فيحتمل أن يكون في المسألة روايتان أو تبني حرمة الربا فيها على شبهة المجانسة.

قال رحمه الله: (ويصوّر القاسم ما يقسمه) أي على قرطاس ليمكنه حفظه.

قال رحمه الله: (ويعدله) أي يسويه على سهام القسمة ويروي ويعزله أي يقطعه بالقسمة عن غيره.

قال رحمه الله: (ويذرعه ويقوم البناء) لأن قدر المساحة يعرف بالذرع والمالية بالتقويم ولا بد من معرفتهما يمكنه التسوية في المالية، ولا بد من تقويم الأرض وذرع البناء لما ذكرنا.

قال رحمه الله: (ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه) لأن القسمة لتكميل المنفعة وبه تكمل لأنه إذا لم يفرز يبقى لنصيب بعضهم تعلق بنصيب الآخر فلم يحصل الانفصال من كل وجه وهذا بيان الأفضل فإن لم يفرزه أو لم يمكن جاز.

قال رحمه الله: (**ويلقب الأنصباء بالأول** والثاني والثالث ويكتب أساميهم ويقرع فمن خرج اسمه أولاً فله السهم الأول ومن خرج ثانياً فله السهم الثاني)

في قولهم إلا برضاهم اهـ قاضيخان. **قوله**: (**ذكره الخصاف**) قال الخصاف في أدب القاضي إن كانت دار وأرض أو دار وحانوت لم يجمع نصيب كل واحد من ذلك في أحد الصنفين وقسم كل واحد من ذلك بينهم على حدته إلى هنا لفظ الخصاف رحمه الله، وإنما خص الخصاف بالذكر لأن المسألة لم تذكر في كتب محمد ولا ذكرها الطحاوي والكرخي في مختصريهما اهـ غاية. **قوله**: (**وهذا يدل على أنهما جنس واحد**) أي فإذا كانا جنساً واحداً يقسمان قسمة واحدة. **قوله في المتن**: (**ويلقب الأنصباء بالأول إلخ**) قال العلامة حافظ الدين النسفي مؤلف المتن رحمه الله في شرح النافع المسمى بالمستصفى ما نصه: قال الشيخ الإمام شمس الدين الكردري صورته إذا كان لأحدهم نصف وللآخر ثلث وللثالث سدس

فالقرعة لتطبيب قلوبهم حتى لو قسم الإمام بلا قرعة جاز لأنه في معنى القضاء فيملك الإلزام ولقب الأنصباء ليتمكن من الإلزام عند خروج قرعة كل واحد منهم وكيفيته أن ينظر إلى أقل الأنصباء فيقدر به أجزاء السهام حتى إذا كان العقار مشتركاً بين ثلاثة نفر لأحدهم النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس جعله أسداساً لأنه أقل فيكون لصاحب النصف ثلاثة أسداس ولصاحب الثلث سدسان وللثالث السدس يلقب النصيب من أي جانب شاء بالأول ثم الذي يليه بالثاني ثم الذي يليه بالثالث، ثم يكتب أسامي الشركاء ببطاقات فيطوي كل بطاقة ويجعلها شبه البندقة ويدخلها في طين ثم يخرجها حتى إذا نشفت وهي مثل البندقة يدلكها ثم يجعلها في وعاء أو كمه ثم يخرج واحداً بعد واحد فمن خرج اسمه أولاً فله السهم الأول ومن خرج ثانياً فله السهم الثاني إلى أن ينتهي إلى الأخير، فإن خرج أولاً في المثال الذي ذكرناه اسم صاحب النصف كان له ثلاثة أسداس من الجانب الملقب بالأول، وإن خرج ثانياً كان له كذلك من الذي يلي الأول، وإن خرج ثالثاً كان له كذلك من الذي يلي الثاني، وعلى هذا كل واحد منهم، ولا يقال تعليق الاستحقاق بالقرعة قمار وهو حرام لأنا نقول: لا يحصل الاستحقاق بالقرعة لأن الاستحقاق كان ثابتاً قبله وكان للقاضي ولاية إلزام كل واحد منهم النصيب، وإنما صير إليه لتطييب قلوبهم، وهذا ليس بقمار وإنما القمار على زعمهم اسم لما يستحقون به شيئاً لم يكن لهم قبل لا مثل هذه فإن هذه مشروعة كما أخبر اللّه تعالى حكاية عن يونس وزكرياء عليهما الصلاة والسلام والقمار غير مشروع.

قال رحمه اللّه: (ولا تدخل في القسمة الدراهم إلا برضاهم) لأنه لا شركة فيها ويفوت به التعديل أيضاً في القسمة لأن بعضهم يصل إلى عين المال المشترك في الحال ودراهم الآخر في الذمة فيخشى عليها التوى، ولأن الجنسين المشتركين لا يقسم فما ظنك عند عدم الاشتراك، وإذا كان أرض وبناء **فعن أبي يوسف رحمه اللّه أنه** / [١٧٠ ب/٣] **يقسم** باعتبار القيمة، لأنه لا يمكن اعتبار التعديل فيه إلا بالتقويم، لأن تعديل البناء لا يمكن بالمساحة، وعن أبي حنيفة رحمه اللّه: أن الأرض تقسم بالمساحة

يلقب النصف بالأول والثلث بالثاني والسدس بالثالث فإن خرج السدس أولاً يدفع من السهم الأول وهو النصف فإن خرج بعده النصف يضم إلى ما يليه حتى يتم له النصف ويدفع إلى صاحبه ثم وثم إلخ اهـ فقوله في المتن: فمن خرج اسمه أولاً فله السهم الأول ظاهر فيما إذا خرج أولاً اسم صاحب الأول وهو النصف في هذا المثال، أما إذا خرج أولاً اسم صاحب الثاني وهو الثلث أو الثالث وهو السدس فليس له السهم الأول بل له من السهم الأول لا كله وهو ظاهر فتنبه واللّه والموفق اهـ **قوله: (فعن أبي يوسف أنه يقسم)** أي

والمساحة هي الأصل في الممسوحات **ثم يرد من وقع في نصيبه في البناء أو من كان نصيبه أجود** دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة، كالأخ **لا ولاية له في المال** ثم يملك تسمية الصداق ضرورة صحة التزويج، وعن محمد رحمه الله: أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة فإذا بقي فضل ولم يمكن تحقيق التسوية بأن لم تف العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد دراهم لأن الضرورة في هذا القدر فلا يترك الأصل وهو القسمة بالمساحة إلا بالضرورة، وهذا يوافق رواية الأصل.

قال رحمه الله: (وإن قسم ولأحدهم مسيل أو طريق في ملك الآخر لم يشترط في القسمة صرف عنه إن أمكن وإلا فسخت القسمة) لأن المقصود من القسمة تكميل المنفعة باختصاص كل منهم بنصيبه وقطع أسباب تعلق حق كل واحد منهم بنصيب غيره فإن أمكن صرفه حصل ذلك وإلا لم يحصل، فكانت القسمة مختلة فتعين الفسخ والاستئناف لنفي ضرر الاختلاط بخلاف البيع حيث لا يفسخ ولا يفسد البيع فيما إذا لم يتمكن المشتري من الاستطراق أو من تسييل الماء، لأن المقصود من البيع تملك العين **ولا يشترط فيه الانتفاع في الحال**، ولا كذلك القسمة لأنها لتكميل المنفعة ولا يتصور إلا بهما، ولو ذكر الحقوق في الوجه الأول وهو ما إذا أمكن صرفه عن الآخر بأن قال هذا لك بحقوقه كان الجواب فيه مثل ما إذا لم يقل بحقوقه فيصرف عنه لأن القسمة للتمييز على ما بينا، وذلك بأن لا يتعلق حق بعضهم بنصيب غيره، وقد أمكن تحقيقه بصرفه عنه من غير ضرر فيصرف عنه إلا إذا قال له خذ هذا بطريقه وشربه ومسيله فحينئذ لا يصرف عنه لأنه أثبت له بأبلغ وجوه الإثبات بخلاف البيع إذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان من الطريق والمسيل لأنه أمكن تحقيق معنى البيع فيه وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره، وفي الوجه الثاني وهو ما إذا لم يمكن صرف الطريق والمسيل عنه يدخل الطريق والمسيل، لأن القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتبار أنه تكميل وفيها معنى الإفراز وذلك بانقطاع التعلق فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص **بخلاف الإجارة حيث يدخل فيها بدون ذكره**، لأن كل المقصود

كل ذلك اهـ **قوله: (ثم يرد من وقع في نصيبه البناء)** أي دراهم على الآخر بقدر فضل البناء لأنه أكثر قيمة من العرصة غالباً اهـ غاية. **قوله: (أو من كان نصيبه أجود)** أي سواء كان هو الذي أصابه البناء أو أصابه العرصة اهـ **قوله: (لا ولاية له في المال)** أي مال اليتيم اهـ **قوله: (ولا يشترط فيه الانتفاع في الحال)** أي كمن اشترى جحشاً أو مهراً صغيراً أو أرضاً سبخة فإنه يجوز اهـ **قوله: (بخلاف الإجارة حيث يدخل فيها بدون ذكره)** أي ذكر الحقوق اهـ

فيها الانتفاع وهو لا يحصل إلا بدخول الحقوق فيدخل من غير ذكر، ولو اختلفوا في إدخال الطريق في القسمة بأن قال بعضهم لا يقسم الطريق بل يبقى مشتركاً مثل ما كان قبل القسمة نظر فيه الحاكم فإن كان يستقيم أن يفتح كل في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم تكميلاً للمنفعة وتحقيقاً للإفراز من كل وجه، وإن كان لا يستقيم ذلك رفع طريقاً بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق، ولو اختلفوا في مقدار عرضه يجعل على قدر عرض باب الدار بطوله، أي ارتفاعه حتى يخرج كل واحد منهم جناحاً في نصيبه إن كان فوق الباب لا فيما دونه لأن باب الدار طريق متفق عليه والمختلف فيه يرد إلى المتفق عليه، ولأن في ذلك القدر كفاية في الدخول، فكذا في السلوك فيبقى ملكهم في الطريق على قدر سهامهم من الدار لأن القسمة وقعت فيما وراءه ولم تقع فيه فبقي على الشركة كما كان، ولو شرطوا أن تكون الطريق في الدار على التفاوت جاز وإن كانت سهامهم في الدار متساوية لأن القسمة على التفاوت بالتراضي في غير الأموال الربوية جائزة، وإن كان ذلك أرضاً يرفع قدر ما يمر فيه ثور لوقوع الكفاية به في المرور.

قال رحمه الله: (سفل له علو وسفل مجرد وعلو مجرد قُوِّم كل واحد على حدة وقسم بالقيمة) وهذا قول محمد وعليه الفتوى / وقال أبو حنيفه وأبو يوسف: يقسم [١٧١/أ ٣] بالذرع لأن القسمة بالذرع هي الأصل في المذروع والكلام فيه، والمعتبر التسوية في أصل السكنى لا في المرافق، ولمحمد رحمه الله أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو كالبئر والسرداب والاصطبل وغيره فصار كالجنسين فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة، ثم اختلف أبو حنيفة وأبو يوسف في كيفية القسمة بالذرع، فقال أبو حنيفة: ذراع من سفل بذراعين من علو، وقال أبو يوسف: ذراع بذراع، قيل: أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره، فإن أبا حنيفة أجاب بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في اختيار السفل على العلو، وأبو يوسف أجاب بناء عى ما شاهد من عادة أهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى، ومحمد أجاب على ما شاهد من اختلاف العادة في البلدان، وقيل: هو اختلاف حجة بينهم، فإن أبا حنيفة يقول: لصاحب السفل منافع كثيرة وهي تبقى أيضاً بعد انهدام العلو والعلو لا يبقى بعد انهدام السفل فكانت منفعته ضعف العلو، ولصاحب العلو منفعة واحدة وهي منفعة السكنى، وأبو يوسف يقول: هما مستويان في الانتفاع، فإن لكل واحد من صاحب العلو والسفل أن يفعل ما لا يضر بالآخر حتى كان لصاحب العلو أن يبني إذا لم يضر بصاحب السفل ولصاحب السفل أن يحفر إذا لم يضر بصاحب العلو فاستويا في الانتفاع فيستويان في القسمة، ومحمد يقول: العلو والسفل بناء والمعادلة في

قسمة البناء بالقيمة لأن في بعض البلدان قيمة العلو أكثر كما في مكة ومصر، وفي بعضها قيمة السفل أكثر كما في الكوفة، وقيل: في موضع تكثر النداوة فيه والسبخ يختار العلو، وفي كل موضع يشتد البرد ويكثر الريح فيه يختار السفل وربما يختلف ذلك أيضاً باختلاف الأوقات كالصيف والشتاء فلا يمكن اعتبار المعادلة فيهما إلا بالقيمة، ثم قول محمد رحمه اللّه لا يحتاج إلى التفسير، وتفسير قول أبي حنيفة **أن يجعل بمقابلة شيء من العلو المجرد** قدر ثلثه من البيت الكامل، لأن السفل عنده ضعف العلو **فيقابل السفل** من البيت الكامل ثلثي العلو المجرد **فبقي العلو من البيت** الكامل **يقابل الباقي من العلو المجرد** وهو الثلث **فاستويا** ويجعل بمقابلة شيء من **السفل المجرد قدر ثلثيه** من البيت الكامل، **لأن السفل منه** مثل السفل **من السفل المجرد** فلا يتفاوتان، فبقي الثلث من السفل المجرد يقابل العلو من البيت الكامل ويجعل بمقابلة شيء من العلو المجرد قدر نصفه من السفل المجرد، لأن السفل يقابل ضعفه من العلو **وتفسير قول أبي يوسف** أن يجعل بمقابلة شيء من السفل المجرد أو من العلو المجرد قدر نصفه من البيت الكامل فيقابل نصفه العلو نصفه الآخر السفل لاستواء العلو والسفل عنده ويجعل بمقابلة شيء من السفل المجرد قدره من العلو المجرد لما ذكرنا.

قال رحمه اللّه: (وتقبل شهادة القاسمين إن اختلفوا) أي إذا أنكر بعض

قوله: (أن يجعل بمقابلة شيء من العلو) أي بأن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلثا ذراع من البيت الكامل لأن الذراع الواحد من البيت الكامل بمقابلة ثلاثة أذرع من العلو المجرد فإذا ضربت الثلاثة في ثلاثة وثلاثين وثلث ذراع يكون مائة فيستوي الثلاثة والثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل مع مائة ذراع من العلو المجرد اهـ **قوله: (فيقابل السفل)** أي وهو ثلاثة وثلاثون وثلث ثلثي العلو وهو ستة وستون وثلثان اهـ **قوله: (فبقي العلو من البيت)** أي وهو ثلاثة وثلاثون وثلث اهـ **قوله: (يقابل الباقي من العلو المجرد)** أي وهو ثلاثة وثلاثون وثلث اهـ **قوله: (فاستويا إلخ)** فيجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون ذراعاً وثلث ذراع من البيت الكامل ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد ستة وستون ذراعاً وثلثا ذراع من البيت الكامل ويجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد خمسون ذراعاً من السفل المجرد اهـ **قوله: (من السفل المجرد)** أي وهو مائة ذراع اهـ **قوله: (قدر ثلثيه)** أي وهو ستة وستون وثلثان اهـ **قوله: (لأن السفل منه)** أي من الكامل. **قوله: (فبقي الثلث)** أي وهو ثلاثة وثلاثون وثلث اهـ **قوله: (وتفسير قول أبي يوسف)** قال الإتقاني وقول أبي يوسف أظهر لأنه يجعل العلو والسفل سواء فيكون خمسون ذراعاً من البيت الكامل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد أو السفل المجرد اهـ **قوله:**

الشركاء بعد القسمة استيفاء نصيبه فشهد القاسمان أن استوفى حقه تقبل شهادتهما سواء كانا من جهة القاضي أو من غيره، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد رحمه الله: لا تقبل وهو قول أبي يوسف أولاً وبه قال الشافعي رحمه الله، وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما، لمحمد أنهما شهدا على فعل أنفسهما **لتصحيح تصرفهما** فلا يقبل **كمن علق عتق عبده** بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله، ولهما أنهما شهدا على الاستيفاء والقبض وهو فعل غيرهما لأن فعلهما التمييز لا غير ولا حاجة إلى الشهادة على التمييز **ولأنه لا يصلح أن يكون مشهوداً به لأنه غير لازم** وإنما يلزم بالقبض والاستيفاء وهو فعل غيرهما فتقبل الشهادة عليه، وقال/ [١٧١ ب/٣] الطحاوي رحمه الله: إذا قسما بأجر لا تقبل شهادتهما **بالإجماع** وإليه مال بعض المشايخ لأنهما يدعيان إيفاء عمل استؤجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل، قلنا: هما لا يجران بهذه الشهادة مغنماً إلى أنفسهما لأن الخصوم توافقهما على إيفائهما العمل المستأجر عليه وهو التمييز، وإنما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة، ولو شهد قاسم واحد لا تقبل لأن شهادة الفرد غير مقبولة على الغير، **ولو أمر القاضي أمينه بدفع المال إلى آخر** يقبل قول الأمين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في إلزام الآخر إذا كان منكراً.

قال رحمه الله: (ولو ادعى أحدهم أن من نصيبه شيئاً في يد صاحبه وقد أقر بالاستيفاء لم يصدق إلا ببينة) لأن القسمة من العقود اللازمة والمدعي للغلط يدعي حق الفسخ لنفسه بعد تمامها **فلا يقبل إلا بحجة** وإن لم يقم بينة استحلف الشركاء لأنهم لو أقروا بذلك لزمهم فإذا أنكروه حلفوا عليه ومن حلف منهم لم يكن له عليه سبيل. ومن نكل عن اليمين جمع نصيبه مع نصيب المدعي فيقسم على قدر حقهما لأن نكوله حجة عليه كإقراره فلا يكون حجة على غيره. **قالوا: وينبغي أن لا تقبل دعواه أصلاً** لأنه مناقض وإليه أشار من بعد حيث شرط للتحالف أن لا يشهد على

(**لتصحيح تصرفهما**) أي فكانا متهمين اهـ **قوله**: (**كمن علق عتق عبده**) أي بكلام رجلين فشهدا أنه قد كلمهما اهـ إتقاني. **قوله**: (**ولأنه لا يصلح أن يكون مشهوداً به**) أي لأن فعل أنفسهما الذي هو التمييز لا يصلح مشهوداً به اهـ إتقاني. **قوله**: (**لأنه غير لازم**) أي لصحة الرجوع قبل القبض. **قوله**: (**بالإجماع**) وقيل: الخلاف في الكل وهو الأصح، فلذا أطلق في الكتاب اهـ عيني رحمه الله. **قوله**: (**ولو أمر القاضي أمينه بدفع المال إلى آخر**) أي فقال دفعته وأنكره المدفوع إليه اهـ إتقاني. **قوله**: (**فلا يقبل إلا بحجة**) أي فإذا أقام البينة يقضى له بتمام حقه اهـ إتقاني. **قوله**: (**قالوا: وينبغي أن لا تقبل دعواه أصلاً**) قال الإتقاني قال صاحب الهداية: ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلاً لتناقضه يعني أن البينة تترتب على الدعوى الصحيحة

نفسه بالاستيفاء ويشير بذلك إلى أنه لو أشهد على نفسه بالاستيفاء لا يتحالفان لأن دعواه لم تصح للتناقض فإذا منع التحالف لعدم صحة الدعوى للتناقض فكذا هنا لأنه قد أشهد على نفسه بالاستيفاء فوجب أن لا تقبل دعواه.

قال رحمه الله: (وإن قال استوفيت وأخذت بعضه صدق خصمه بحلفه) أي لو قال: استوفيت حقي وأخذت بعضه كان القول قول خصمه مع يمينه، لأنه يدعي عليه الغصب وهو ينكر فالقول قول المنكر.

قال رحمه الله: (وإن لم يقر بالاستيفاء وادعى أن ذا حظه ولم يسلم إليه وكذبه شريكه تحالفاً وفسخت القسمة) لأن الاختلاف فيما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في المبيع والثمن.

قال رحمه الله: (ولو ظهر غبن فاحش في القسمة تفسخ) وهذا إذا كانت القسمة بقضاء القاضي فظاهر لأن تصرفه مقيد بالعدل والنظر وأما إذا كانت بالتراضي فقد قيل لا يلتفت إلى قول من يدعيه، لأن دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع، فكذا في القسمة لوجود التراضي، وقيل: تفسخ هو الصحيح ذكره في الكافي، وقال أبو جعفر الهندواني: يجوز أن يقال لا تصح هذه الدعوى، لأن القسمة بمعنى البيع فلا تنقض لظهور الغبن الفاحش فيها **كما في البيع** وإذا وقعت بالقضاء يجب نقضها

والدعوى لا تصح مع التناقض لأنه أقر باستيفاء حقه ثم ادعى أنه لم يستوف واعتذر بعضهم في هذا. وقال: التناقض عفو في موضع الخفاء كالعبد يدعي الحرية بعد إقراره أنه رقيق، وقال الحاكم الشهيد في الكافي وقال أبو يوسف ومحمد: في رجل مات وترك داراً وترك ابنين فاقتسما الدار وأخذ كل واحد نصيبه وأشهدا على القسمة والقبض والوفاء ثم ادعى أحدهما بيتاً في يد صاحبه لم يصدق في ذلك إلا أن يقر صاحبه فعلم بهذا أن لا تقبل بينته بعد الإقرار بالاستيفاء، كما قال صاحب الهداية وذلك لأنهما إذا أشهدا على الوفاء فقد أقر كل منهما بوصول حقه إليه بجهة التمام، فإذا ادعى أنه لم يصل لم يقبل للتناقض اهـ. **قوله: (كما في البيع)** قال في الخلاصة: وفي الأصل دعوى الغلط في القسمة على ثلاثة أوجه، أحدها دعوى الغلط في القسمة بأن يقول قيمته ألف وأنتم قوّمتموه بخمسمائة وهذه الدعوى غير صحيحة، كدعوي الغبن في البيع فإنه لا يصح هكذا ذكر في شرح الشافي، قال الفقيه أبو الليث البلخي أن هذا غير مذكور في الأصل وإن قيل تسمع فله وجه صحيح بخلاف الغبن في البيع وإن قيل لا تسمع فله وجه صحيح كما في البيع وهو الصحيح، والإمام خواهر زاده زاد هكذا في نسخته ولم يرجح أحد الوجهين على الآخر، وهذا كله في القسمة بالتراضي فإن كانت القسمة بقضاء القاضي فله الفسخ، والثاني: لو قال نصيبي النصف وما وصل إليّ إلا الثلث والباقي في يدك وأنكر الآخر تحالفا

بالغبن الفاحش لأنه حصل بغير رضا المالك فصار كبيع الأب والوصي ينقض بالغبن الفاحش ويجوز أن يقال تصح هذه الدعوى، لأن القيمة معتبرة في باب القسمة لتقع القسمة على سبيل المعادلة لأن التعديل يكون من حيث القيمة في الأشياء المتفاوتة، فإذا ظهر غبن فاحش في القيمة فقد فات شرط جواز القسمة وهو المعادلة فيجب نقضها بخلاف البيع لأنه غير مبنى على المعادلة في القيمة، ولو اقتسما داراً وأصاب كل واحد منهما طائفة فادعى أحدهما بيتاً في يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه إقامة البينة وإن أقاما البينة فالاعتبار لبينة المدعي لأنه خارج، وإن كان قبل الإشهاد على القبض تحالفاً وتفسخ القسمة، **وكذا لو اختلفا في الحدود** وأقاما البينة يقضي لكل واحد منهما بالجزء الذي هو في يد صاحبه لأنه خارج فيه وبينة الخارج أولى، وإن أقام أحدهما بينة قضى له به وإن لم تقم لواحد منهما بينة تحالفا وترادا كما في البيع والله أعلم.

قال رحمه الله: (ولو استحق بعض شائع من حظه رجع بقسطه في حظ شريكه ولا تفسخ/ القسمة) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف: تفسخ القسمة [١٧٢/ ٣/ أ] هكذا ذكر الاختلاف في الجزء الشائع في الأسرار وغيره، وذكر القدوري الاختلاف في استحقاق بعض نصيب أحدهما بعينه، **والصحيح أن الاختلاف في الشائع وفي استحقاق بعض معين** لا يفسخ بالإجماع ولو استحق بعض شائع في الكل يفسخ

وترادا كالبيع، والثالث: ادعى أحدهما على صاحبه أنه أخذ من نصيبه شيئاً بعد القسمة يقيم البينة، فإن لم يكن حلف الآخر، وهذا إذا لم يقر بالاستيفاء أو بالإبراء، أما إذا أقر بالاستيفاء أو الإبراء أو شهد شاهدان على ذلك لم تصح دعواه اهـ **قوله: (وكذا لو اختلفا في الحدود)** أي بأن قال هذا الحد لي قد دخل في نصيب صاحبه، وقال الآخر: لا بل هذا الحد قد دخل في نصيب صاحبه اهـ **قوله: (والصحيح أن الاختلاف في الشائع)** أي في نصيب أحدهما اهـ **قوله: (وفي استحقاق بعض معين)** أي من نصيب أحدهما اهـ قال الإتقاني رحمه الله قال الكرخي في مختصره: فإن كانت مائة شاة بين رجلين نصفين ميراثاً أو شراء فاقتسماها وأخذ أحدهما أربعين شاة تساوي خمسمائة وأخذ الآخر ستين تساوي خمسمائة فاستحقت شاة من الأربعين تساوي عشرة دراهم فإنه يرجع بخمسة دراهم في الستين شاة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد أيضاً، فتكون الستون شاة بينهما يضرب فيها هذا بخمسة دراهم ويضرب فيه الآخر بخمسمائة درهم إلا خمسة دراهم إلى هنا لفظ الكرخي رحمه الله، وهنا لا تنتقض القسمة بالاتفاق لأن الاستحقاق إذا ورد على شيء معين لا تنقض القسمة وقد ورد على شاة بعينها فيوجب الرجوع بنصف قيمة الشاة المستحقة لتحقق المعادلة وتبين أن بينهما ألفاً إلا عشرة دراهم وقد وصل إلى صاحب

بالإجماع **فهذه ثلاثة أوجه**، ومحمد مع أبي حنيفة فيما حكاه أبو حفص ومع أبي يوسف فيما حكاه أبو سليمان والأول أصح لأبي يوسف أنه بالاستحقاق ظهر شريك آخر والقسمة بدونه لا تصح فصار كما إذا استحق بعض شائع في الكل يحققه أن استحقاق جزء شائع ينعدم به معنى القسمة وهو الافراز، ألا ترى أنه يوجب الرجوع بحصته في نصيب غيره شائعاً كاستحقاق الكل شائعاً بخلاف المعين، لأن ما وراء المستحق بقي مفرزاً على حاله ليس للغير فيه حق ولهما أن المقصود بالقسمة التمييز والإفراز ولا ينعدم باستحقاق جزء شائع من نصيب الواحد، ولهذا جازت القسمة في الابتداء عى هذا الوجه **بأن كان البعض المقدم** مشتركاً بين ثلاثة نفر والبعض المؤخر بين اثنين منهم فاقتسم الاثنان على أن لأحدهما مالهما من المقدم وللآخر المؤخر أو اقتسماه على أن لأحدهما مالهما من المقدم وبعض المؤخر مفرزاً يجوز، فكذا هذا وصار كاستحقاق شيء بعينه، بخلاف استحقاق الشائع في الكل، لأن معنى الإفراز والتمييز لم يتحقق مع بقاء نصيب البعض في الكل، ولهذا لا تجوز القسمة ابتداء على هذا الوجه فكذا بقاء لأنها لو بقيت لتضرر المستحق بتفرق نصيبه في الأنصباء ولا ضرر بالمستحق هنا فوضح الفرق، فإذا لم تبطل القسمة يرجع بحسابه على شريكه لأنه لو استحق نصيب أحدهم كله يرجع به على الشركاء فكذا إذا استحق البعض اعتباراً للجزء بالكل وله أن ينقض القسمة إن شاء دفعاً لعيب التشقيص، لأنه إذا رجع على الشركاء بحسابه يتفرق نصيبه فيتضرر به، ولو باع بعضهم بعض نصيبه شائعاً ثم استحق بعض ما بقي شائعاً كان له أن يرجع على الشركاء بحسابه وسقط خيار الفسخ ببيع البعض وعند أبي يوسف يرجع على ما في أيديهم بحسابه ويضمن حصتهم مما باع لأن القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالفاسد مملوك فينفذ بيعه وهو مضمون بالقيمة فيضمن لهم، **ولو اقتسم الورثة التركة** ثم ظهر فيها دين

الستين خمسمائة وإلى صاحب الأربعين أربعمائة وتسعون وبقي له خمسة دراهم إلى تمام حقه فيضرب في الستين بخمسة دراهم وشريكه بأربعمائة وخمسة وتسعين اهـ **وعند قوله: (فهذه ثلاثة أوجه)** قال الإتقاني رحمه الله: والحاصل أن المسألة على ثلاثة أوجه ففي استحقاق بعض معين في أحد النصيبين أو فيهما جميعاً لا تنقض القسمة بالاتفاق، وفي استحقاق شيء شائع في النصيبين تنتقض القسمة بالاتفاق، وفي استحقاق بعض شائع في أحد الطرفين لا تنقض القسمة عند أبي حنيفة خلافاً لأبي يوسف اهـ **قوله: (بأن كان البعض المقدم إلخ)** أي فاقتسما على أن يأخذ أحدهما مالهما من النصف المقدم وهو نصف النصف وربع المؤخر ويأخذ الآخر ما بقي وهو ثلاثة أرباع من النصف المؤخر فيكون لكل واحد ثلاثة أثمان جميع الدار لأن حقهما بعد نصيب الثالث ثلاثة أرباع

محيط قيل للورثة اقضوا دين الميت، فإن قضوه صحت القسمة وإلا فسخت لأن الدين مقدم على الإرث فيمنع وقوع الملك لهم فيها إلا إذا قضوا الدين أو أبرأ الغرماء فحينئذ تصح قسمتهم لزوال المانع، **ولو كان الدين غير مستغرق** فكذلك الجواب لتعلق حق الغرماء بالتركة **إلا إذا بقي من التركة** ما يفي بالدين فحينئذ لا تفسخ القسمة لعدم الحاجة، ولو ادعى أحد المتقاسمين للتركة ديناً في التركة صح دعواه لأنه لا تناقض إذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة، ولو ادعى عيناً بأي سبب كان لم تسمع دعواه إذ الإقدام على القسمة اعتراف منه بأن المقسوم مشترك.

قال رحمه اللّه: (**ولو تهايآ في سكنى دار** أو دارين أو خدمة عبد أو عبدين أو غلة دار أو دارين صح) التهايؤ اعلم أن المهايأة مشتقة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للمتهيء للشيء والتهايؤ تفاعل منها وهو أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به وحقيقته أن كلا منهم يرضى بهيئة واحدة **ويختارها**، وهي في الشرع عبارة عن قسمة المنافع

جميع الدار وما لا يمنع ابتداء القسمة لا يمنع بقاءها بالطريق الأولى اهـ **قوله: (ولو اقتسم الورثة التركة إلخ)** في التركة دين وطلبوا من القاضي القسمة وهو يعلم به وصاحب الدين غائب فإن كان الدين مستغرقاً لا يقسم لأنه لا ملك لهم وإن كان غير مستغرق فالقياس كذلك وهو قول أبي حنيفة ولكنه استحسن وقال قل ما تخلو تركة عن دين يسير ولا يصح أن يقف عشرة آلاف بدين عشرة فينظر للفريقين ويوقف قدر الدين ولا يأخذ كفيلاً بشيء من ذلك عنده أما عندهما فيأخذ كفيلاً، وإن لم يكن الدين معلوماً للقاضي سألهم فإن قالوا: لا القول قولهم ويقسم لتمسكهم بالأصل وهو فراغ الذمة فلو ظهر دين نقض القسمة لأنه تبين أن القسمة قبل أوانها فإن أوانها بعد قضاء الدين، كذا في المبسوط والذخيرة اهـ **قوله: (ولو كان الدين غير مستغرق إلخ)** وفي الذخيرة لو ظهر وارث آخر أو موصى له بالثلث أو الربع وما أشبه ذلك، ردت القسمة لأنه ظهر أن في التركة شريكاً آخر قد اقتسموا دونه، وكذا لو ظهر الموصي له بالألف المرسلة إلا إذا قالت الورثة: نحن نقضي حق الغرماء وحق الموصى له بالألف المرسلة أما في الوارث الآخر والموصى له بالثلث أو الربع ليس لهم ذلك، لأن حق الوارث الآخر والموصى له بالثلث في عين التركة فلا ينتقل إلى مال آخر إلا برضاهما وحق الغريم والموصى له بالألف المرسلة في المال لا في عين التركة وفي ذلك مال الوارث والتركة سواء، ولهذا قالوا: لو كان مال آخر لم يدخل في القسمة ليس للغريم والموصى له بالألف نقض القسمة. **قوله: (إلا إذا بقي من التركة إلخ)** وتحرير هذا يأتي في آخر كتاب الصلح اهـ **قوله في المتن: (ولو تهايآ في سكنى دار إلخ)** شرع في المهايأة وهي قسمة المنافع بعد بيان قسمة الأعيان لأنه يحتاج إليها وقدم الأعيان لأن العين أصل لكونه قائماً بنفسه والمنافع أعراض لا تقسم بنفسها بل بالعين اهـ غاية. **قوله: (ويختارها)** يعني

وهي جائزة فيما ذكره الشيخ استحساناً والقياس أن لا تجوز لأنها مبادلة المنفعة بجنسها لأن كل واحد من الشريكين ينتفع في نوبته بملك شريكه عوضاً عن انتفاع شريكه بملكه في نوبته ولكن ترك ذلك بالكتاب والسنة **وإجماع الأمة**، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿لها شرب **ولكم شرب يوم معلوم**﴾ [الشعراء:١٥٥]، وهذا هو المهايأة، وأما/ السنة فما روي أنه عليه الصلاة والسلام: «قسم في غزوة بدر كل بعير بين ثلاثة نفر وكانوا يتهايؤن في الركوب». وما روي أن الرجل الذي خطب تلك المرأة بين يدي رسول الله ﷺ وعلم أنه ليس له صداق إلا نصف إزاره فقال له عليه الصلاة والسلام: «ما تصنع بإزارك إن لبسته لم يكن عليها منه شيء وإن لبسته لم يكن عليك منه شيء»[1] أي بطريق المهايأة وهذا هو تفسير المهايأة **وعلى جوازها إجماع الأمة**، ولأن المهايأة قسمة المنافع يصار إليها لتكميل استيفاء المنفعة لتعذر الاجتماع على عين واحدة في الانتفاع بها فكانت المهايأة جمعاً للمنافع في زمان واحد كالقسمة جمع النصيب الشائع في مكان معين فجرت المهايأة في المنافع مجرى القسمة في الأعيان ولو لم تجز المهايأة لأدى إلى تعطيل الأعيان التي لا يمكن قسمتها وأنه قبيح لأن الأعيان خلقت للانتفاع بها وهو ينافيه فتجوز ضرورة كقسمة الأعيان فيجري جبر القاضي فيها كما يجري في قسمة الأعيان إلا أن القسمة أقوى منه في استكمال المنفعة لأنه جمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على

[١٧٢/ب/٣]

الشريك ينتفع بالعين على الهيئة التي انتفع بها الآخر اهـ **قوله**: (**وإجماع الأمة**) أي والمعقول اهـ **قوله**: (**ولكم شرب يوم معلوم**) أخبر أن الانتفاع بين قوم صالح وبين الناقة على التناوب وشريعة من قبلنا تلزمنا على أنه شريعتنا ما لم يرد النسخ اهـ غاية. **قوله**: (**وعلى جوازها إجماع الأمة**) وأما المعقول فلأن الأعيان خلقت للانتفاع فمتى كان الملك مشتركاً كان حق الانتفاع مشتركاً أيضاً والمحل الواحد لا يحتمل الانتفاع على الإشتراك في زمان واحد فيحتاج إلى التهايؤ تكميلاً للانتفاع، ولأن المنافع ملك مشترك يجوز استحقاقه في العقود فجاز وقوع القسمة فيها كالأعيان، فإن قيل: المهايأة تمليك منافع بمنافع من جنس واحد فهي إجارة ولا يكره القاضي على الإجاره، قلنا: لا نسلم أنه إجاره لأنه مستوف منفعة نفسه بل هي قسمه منافع الأعيان ثم التيهايؤ قد يكون من حيث المكان كالدار الواحدة الكبيرة يسكن أحدهما ناحية منها والآخر ناحية أخرى، وقد يكون من حيث الزمان بأن ينتفع أحدهما بالعين مدة والآخر مدة كالدار والأرض ونحو ذلك مما يحتمل القسمة وأما فيما لا يحتمل القسمة كالدابة الواحدة والعبد الواحد لا تتأتى القسمة إلا من حيث الزمان

---

(١) أخرجه البخاري في فضائل القرآن (٥٠٣٠)، ومسلم في النكاح (١٤٢٥)، والنسائي في النكاح (٣٣٣٩).

التعاقب، ولهذا لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضي **لأنه أبلغ** في التكميل ولو وقعت المهايأة فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة لأنه أبلغ، ولا تبطل المهايأة بموت أحدهما ولا بموتهما لأنها لو بطلت لاستأنفها الحاكم ولا فائدة في الاستئناف، ثم لو تهايآ في دار واحدة على أن يسكن أحدهما بعضها والآخر البعض أو أحدهما العلو والآخر السفل **جازت**، لأن القسمة على هذا الوجه جائزة، فكذا المهايأة والتهايؤ في هذا الوجه إفراز لجميع الأنصباء **لا مبادلة**، لأنه لو كان مبادلة لما صح لأنها لا تجوز في الجنس الواحد نسيئة للربا وقيل هو إفراز من وجه **عارية** من وجه، وإنما قيل ذلك خشية الربا وكلا القولين مشكل، لأن كل واحد منهما يترك ماله من المنفعة فيما أخذه صاحبه بعوض وهو الانتفاع بنصيب صاحبه، فكيف يتصور أن يكون إفرازاً للكل أو عارية في البعض والعارية أيضاً غير لازمة والمهايأة لازمة، وقيل: هو إفراز من وجه مبادلة من وجه كقسمة الأعيان والأوجه أنها إفراز من كل وجه في المهايأة في المكان، ولهذا لا يشترط فيها التأقيت وجاز لكل منهم أن يستغل ما أصابه بالمهايأة على الظاهر شرط ذلك في العقد أو لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه ولا كذلك العارية والإجاره، وفي المهايأة في الزمان إفراز من وجه ويجعل كالمستقرض لنصيب شريكه فكان مبادلة من وجه، وإنما قلنا ذلك لأن معنى الإفراز يتحقق في المهايأة في المكان دون الزمان، **وكذا لو تهايآ في الزمان في عبد واحد** جاز لأنها متعينة فيه لتعذر التهايؤ في المكان والبيت الصغير كالعبد، ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يأمرهما القاضي **بالاتفاق**، لأن التهايؤ في المكان أعدل لاستوائهما في زمان الانتفاع وليس فيه تقديم أحدهما على الآخر فكان أعدل وفي الزمان أكمل لأن كل واحد ينتفع في نوبته بجميع الدار فكان أكمل فلما اختلفت الجهة فلا بد

اهـ غاية. **قوله**: (**لأنه أبلغ**) أي لأن قسمة العين أبلغ من قسمة المنفعة في تكميل الانتفاع لاجتماع المنافع في الزمان الواحد، وفي التهايؤ يحصل ذلك على التعاقب قال في كتاب الصلح من الشامل: ولكل واحد نقض المهايأة بلا عذر إذا لم يرد التعنت لأنه بمنزلة العارية، وقال في الكفاية: طلب أحدهما قسمة العين بعد المهايأة قسم الحاكم وفسخ المهايأة، لأن الأصل القسمة اهـ إتقاني. **قوله**: (**جازت**) أي سواء ذكر المدة أو لا اهـ غاية. **قوله**: (**لا مبادلة**) ألا ترى أنه لا يشترط فيه بيان المدة فلو كان مبادلة لاشترط ذلك لأنه يكون تمليك المنفعة بعوض كالإجارة ويشترط التأقيت في الإجارة اهـ غاية. **قوله**: (**عارية إلخ**) العارية ما يكون بغير عوضٍ وهنا بعوض اهـ **قوله**: (**وكذا لو تهايآ في الزمان في عبد واحد**) أي على أن يخدم هذا يوماً وهذا يوماً اهـ **قوله**: (**بالاتفاق**) أي على أحدهما اهـ **قوله**:

من الاتفاق، فإن اختاره من حيث الزمان يقرع في البداية بينهما تطييباً لقلوبهما ونفياً للتهمة عن نفسه، ولو تهايآ في عبدين على الخدمة جاز، أما عندهما فظاهر لأن قسمة الرقيق جائزة عندهما فكذا المنفعة، وأما عند أبي حنيفة فروي عنه أنه لا يجوز إلا بالتراضي، لأن قسمة الرقيق لا يجري فيها الجبر عنده فكذا منفعته والأصح أن القاضي يهايئ بينهما جبراً بطلب أحدهما، لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف أعيان الرقيق لأنها تتفاوت تفاوتاً فاحشاً على ما بينا، **ولو تهايآ بينهما على أن نفقه كل** عبد على من يأخذه/ جاز استحساناً لأن العادة جرت بالمسامحة في طعام المماليك فلا تقضي الجهالة إلى النزاع، ونظيره استئجار الظئر بطعامها وكسوتها لجريان العادة بالمسامحة لأجل الولد بخلاف كسوة المماليك لأنه لا تسامح فيها عادة، ولو تهايآ في دارين على أن يسكن كل واحد منهما داراً جاز ويجبر القاضي عليه وهذا عندهما ظاهر، لأن الدارين عندهما كدار واحدة حتى يجري الجبر على قسمتهما، وكذا عنده لأن المنافع فيهما لا تتفاوت فيجوز ويجبر الآبي منهما ويعتبر إفرازاً كالأعيان المتقاربة بخلاف القسمة لأن التفاوت في أعيانهما فاحش فالتحقت بالأجناس المختلفة وصارت مبادلة. **وقيل**: عنده يجوز بالتراضي **ولا يجبر اعتباراً بالقسمة**، وعنه أنه لا يجوز التهايؤ فيه أصلاً لا بالجبر ولا بالتراضي لأنه يصير بيع المنافع بالمنافع من جنسه نسيئة وذلك لا يجوز على ما مر في الإجارة بخلاف قسمة رقبتهما حيث تجوز بالتراضي لأن بيع إحداهما بالأخرى جائز وفي الظاهر أن قوله كقولهما، وفي الدابتين لا يجوز التهايؤ على الركوب عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز اعتباراً بقسمة الأعيان، ولأبي حنيفة أن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فإنهم بين حاذق وأخرق، والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما

[١٧٣/١ ب/٣]

(**ولو تهايآ بينهما على أن نفقة كل إلخ**) قال في الشامل: تهايآ عبدين على أن يستخدم كل واحد أحدهما وطعام كل واحد عليه جاز استحساناً لأنه يستقبح أن يخدمه ويؤتي بطعامه من بيت غيره فيجوز، ولو تهايآ على أن يكون على كل واحد كسوة ما في يديه لا يجوز، لأن كسوتهما عليهما فيكون كل واحد مشتريا نصف الكسوة من صاحبه بنصف الكسوة الذي في يديه وأنه مجهول فلا يجوز اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله**: (**وقيل**) قائله الكرخي اهـ **قوله**: (**ولا يجبر اعتباراً بالقسمة**) أي لأن عنده قسمة الجبر لا تجوز في الدور، فكذا في القسمة بطريق المهايأة اهـ غاية. (فرع) مما يحفظ في الذخيرة أمة بين رجلين خاف كل صاحبه عليها فقال أحدهما: عندك يوماً وعندي يوماً، وقال الآخر: بل نضعها على يدي عدل تجعل عند كل واحد منهما يوماً ولا توضع على يدي عدل، قال مشايخنا: يحتاط في باب الفروج في جميع المسائل إلا في هذه فإنه لا يحتاط لحشمة ملكه اهـ معراج.

قلنا بخلاف العبد والعبدين لأنه يخدم باختياره فلا يتحمل الزيادة على طاقته والدابة تتحملها، وأما التهايؤ في الغلة فنذكره من قريب إن شاء اللّه تعالى.

قال رحمه اللّه: (وفي غلة عبد أو عبدين أو بغل أو بغلين أو ركوب بغل أو بغلين أو ثمرة شجرة أو لبن شاة لا) أي لا يجوز في هذه الأشياء التهايؤ، أما التهايؤ في غلة عبد واحد أو بغل واحد فلأن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء فالظاهر التغير في الحيوان فتفوت المعادلة بخلاف التهايؤ في استغلال دار واحدة حيث يجوز في ظاهر الرواية لأن الظاهر عدم التغير في العقار فافترقا، **ولو زاد غلة الدار الواحدة في نوبة** أحدهما على الغلة في نوبة الآخر يشتركان في الزيادة تحقيقاً للتعديل بخلاف ما إذا كان التهايؤ في المنافع فاستغل أحدهما في نوبته زيادة لأن التهايؤ وقع في المنافع هناك فتجب مراعاة المعادلة فيها وبالتفاوت في الغلة لا يتبين فوت المعادلة في المنافع، فإن الشيئين قد يستويان ثم يختلفان في البدل عند العقد، وبخلاف ما لو تهايآ على الاستغلال في الدارين وفضلت غلة أحدهما حيث لا يشتركان فيه لأن معنى الإفراز راجح في الدارين لاتحاد زمان الاستيفاء فإن كل واحد منهما يصل إلى الغلة في الوقت الذي يصل إليها صحابه، وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضاً كأنه أقرض نصيبه من غلة هذا الشهر على أن يستوفي من نصيبه في الشهر الثاني ويجعل كل واحد منهما وكيلاً عن صاحبه في إيجار نصيب صاحبه فإذا استوفى قدر القرض كان الباقي مشتركاً بينهما، وأما التهايؤ في استغلال عبدين أو بغلين فالمذكور هنا قول أبي حنيفة وعندهما يجوز لأن المعادلة تمكن بينهما لاتحاد وقتهما، وكذا تجوز قسمة رقبتهما عندهما، فكذا منافعهما وبدلهما فصار كالدارين بخلاف التهايؤ في غلة عبد واحد حيث لا يجوز، لأنه لا يتأتى إلا في زمانين فيتوهم تغيره بل هو الظاهر في الاستغلال، لأن العادة جرت بالاستقصاء فيه فيتغير من التعب بخلاف التهايؤ في خدمة عبد واحد حيث يجوز بالإجماع لما ذكرنا، ولأن الخدمة يجري فيها التسامح عادة فلا يحلقه تعب كما يلحقه في الاستغلال فلا يتغير، ولأبي حنيفة أن التهايؤ في الخدمة جوّز للضرورة لعدم إمكان / [١٧٣ ب/٣] قسمتها ولا ضرورة في الغلة لأنه يمكن قسمتها لأن الغلة عين مال ولأنه يتغير بالاستغلال كما ذكرنا في العبد الواحد فيحصل التفاوت بخلاف الدارين، لأن الظاهر

قوله: (ولو زاد غلة الدار الواحدة في نوبة إلخ) ولو تهايآ في نخل على أن يأكل كل واحد منهما غلة بعضها لم يجز لأن غلة النخيل قبل وجودها معدومة حقيقة وحكماً لأنها لم تجعل موجودة حكماً في حق التمليك بعوض وهو الإجارة حتى تعتبر موجودة حكماً في حق القسمة وقسمة المعدوم لا تتحقق، لأنه إفراز من وجه مبادلة من وجه وكلا الأمرين لا

عدم التغير في العقار، ولأن التهايؤ في الاستغلال يمتنع عند اختلاف الزمان بأن وقع متعاقباً في عبد واحد فلأن يمتنع عند اختلاف المحل أولى، وجملة الأمر **أن مسائل التهايؤ اثنتا عشرة مسألة**، ففي استخدام عبد واحد جائز بالاتفاق وكذا في استخدام العبدين على الأصح، وكذا التهايؤ في استغلال عبد واحد لا يجوز بالاتفاق، وفي العبدين على الخلاف والتهايؤ في سكنى دار واحدة يجوز بالاتفاق، وكذا في غلتها وكذا في سكنى دارين، وفي غلتهما خلاف والأظهر أنه يجوز بالاتفاق، وركوب بغل أو بغلين على الخلاف ولا يجوز في استغلال بغل واحد بالاتفاق، وفي بغلين على الخلاف، وأما التهايؤ في ثمرة شجرة أو لبن غنم فلأنها أعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها فلا حاجة إلى التهايؤ لأن التهايؤ في المنافع ضرورة أنها لا تبقى فبتعذر قسمتها بخلاف لبن ابن آدم حيث تجوز المهايأة فيه، حتى لو كانت جاريتان مشتركتان بين اثنين فتهايآ أن ترضع إحداهما ولد أحدهما والأخرى ولدا لآخر جاز لأن لبن ابن آدم لا قيمة له فجرى مجرى المنافع **والحيلة** في الثمار ونحوه أن يشتري

يتحققان قبل الوجود اهـ ولوالجي في الصلح. **قوله: (أن مسائل التهايؤ اثنتا عشرة مسألة)** أي غير الثمر واللبن اهـ مس. **قوله: (والحيلة)** أي في جواز التهايؤ اهـ قال صاحب الهداية: والحيلة في جواز التهايؤ أن يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته أو ينتفع باللبن استقراضاً لنصيب صاحبه يعني يبيع أحد الشريكين حصته من الشجر والغنم من صاحبه ثم يشتري من صاحبه بعد مضي نوبته جميع الشجر أو الغنم فيحل لكل واحد منهما ما تناوله، لأنه حصل اللبن أو الثمر على ملك المشتري أو ينتفع باللبن استقراضاً لنصيب صاحبه من الحليب كل يوم أي مدة معلومة ثم إذا مضت المدة ينتفع صاحبه باللبن في مثل تلك المدة بعضه من نصيب نفسه في هذه المدة وبعضه مما أقرضه في المدة الماضية ولكن ينبغي أن يزن اللبن أو يكيله كل يوم حتى تتحقق المساواة في الاستيفاء فلا يكون الربا، لأن اللبن يزيد وينقص في الحلب، وقال في قسم الشامل من المبسوط: تهايآ في أغنام بينهما على أن يكون نصفها عند هذا والنصف عند الآخر يعلف ويشرب لبنها ويجز صوفها لا يجوز، لأن اللبن بينهما والعلف عليهما فيكون كل واحد منهما مشترياً لبن صاحبه بنصف العلف الذي عليه واللبن يزيد وينقص والعلف مثله فيكون التفاوت فاحشاً فيكون مبادلة محضة فكان بيع لبن بلبن وصوف بصوف مجازفة فلا يجوز بعد الحلب والجز فقبلهما أولى، وقال في الفتاوى الصغرى: بقرة بين اثنين تواضعا على أن تكون عند كل واحد منهما خمسة عشر يوماً يحلب لبنها، فهذه مهايأة باطلة ولا يحل فضل اللبن عليهما، وإن جعلا في حل إلا أن يستهلك صاحب الفضل فضله ثم جعله

نصيب شريكه ثم يبيع كلها بعد مضي نوبته **أو ينتفع باللبن المقدر** بطريق القرض في نصيب صاحبه إذ قرض المشاع جائز والله أعلم بالصواب.

صاحبه في حل فحينئذ يحل، لأن الأول هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فلم يجز، والثاني هبة الدين وأنه يجوز، وإن كان مشاعاً ونقله عن قسمة الواقعات اهـ إتقاني. **قوله: (أو ينتفع باللبن المقدر)** أي بوزن معلوم.

كتاب المزارعة

وهي مفاعلة من الزراعة في اللغة.

قال رحمه الله: (هي عقد على الزرع ببعض الخارج) وهذا في الشريعة.

قال رحمه الله: (وتصح بشرط صلاحية الأرض للزراعة وأهلية العاقدين وبيان المدة ورب البذر وجنسه وحظ الآخر والتخلية بين الأرض والعامل والشركة في الخارج وأن تكون الأرض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر أو تكون الأرض لواحد والباقي لآخر أو يكون العمل لواحد والباقي لآخر) وهذا قول أبي يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة: لا تجوز المزارعة لهما ما روي أنه عليه الصلاة والسلام «عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع»(١) ولأنها عقد شركة بمال من أحد الشريكين وعمل من الآخر فيجوز اعتباراً بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فإن صاحب المال قد لا يهتدي إلى العمل والمهتدي إليه قد لا يجد المال فمست الحاجة إلى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودور القز معاملة بنصف الزوائد **لأنه لا أثر للعمل فيها** في حصول الزيادة فلم تتحقق الشركة مع أنه ليس فيها عرف، وفي المزارعة عمل الصحابة والتابعين والصالحين من بعدهم إلى يومنا هذا بلا نكير، ولأبي حنيفة ما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المخابرة فقيل ما المخابرة قال: «المزارعة بالثلث والربع»(٢)، ولأنه استئجار ببعض ما يخرج من عمله **فيكون في معنى قفيز الطحان**،

كتاب المزارعة

لما كان الخارج من الأرض من أنواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة عقيب القسمة، ولأن الأرض بعض ما يجري فيه القسمة ثم بعد قسمة الأرض قد يحتاج إلى الزراعة فيها فذكر المزارعة عقبها اهـ إتقاني. **قوله: (وهي مفاعلة)** أي من زارع من الزرع وهو إلقاء الحب ونحوه في الأرض اهـ ع. **قوله: (لأنه لا أثر للعمل فيها)** أي لم يرد الأثر في دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد اهـ **قوله: (فيكون في معنى قفيز الطحان)** وقد «نهى النبي ﷺ عن قفيز الطحان»(٣) وهو أن يستأجر رجلاً حتى يطحن له كراً من حنطة بقفيز

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/١٧٩) وقال أخرجه الجماعة بألفاظ متعددة، وابن حجر في التلخيص الحبير (٣/٥٩).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

ولأن الأجر مجهول أو معدوم وكل ذلك مفسد، ومعاملة النبي ﷺ أهل خيبر كان خراج مقاسمة **بطريق المن عليهم** والصلح وهو جائز، لأن الخراج نوعان: خراج وظيفة وهو أن يوظف الإمام عليهم كل سنة ويضع عليهم ما تطيق أرضهم، والثاني: خراج مقاسمة وهو أن يشترط عليهم بعض ما يخرج كالنصف والثلث ونحو ذلك جزءاً شائعاً، والدليل على ذلك أنه عليه الصلاة والسلام لم يبين لهم المدة ولو كانت مزارعة لبينها لهم لأن المزارعة لا تجوز عند من يجيزها إلا ببيان المدة على مانبين، والدليل عليه أيضاً ما روي عن ابن عمر أن النبي ﷺ لما ظهر على خيبر سألته اليهود أن يقرهم بها على أن يكفوه عملها/ ولهم نصف الثمرة فقال: «لهم نقركم بها على ذلك ماشئنا»[1] رواه البخاري ومسلم وأحمد، وهذا صريح بأنها كانت خراج مقاسمة وأنهم كانوا ذمة للمسلمين والذمي إذا أقر على أرضه بقيت على ملكه وما يؤخذ من أراضيه خراج، ولفظ البخاري «أعطى خبير اليهود أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها»[2] والاعتبار بالمضاربة لا يجوز، لأن معنى الشركة فيها أغلب حتى صحت بدون ضرب المدة ولا تنعقد لازمة أصلاً فيكون الربح متولداً من العمل والمال جميعاً وعقد الشركة قد يعقد على العمل خاصة كما في شركة الأعمال فما ظنك إذا انضم إليه المال ولا كذلك المزارعة لأنها إجارة حتى يشترط لها ضرب المدة **وتنعقد لازمة**، وإنما كان لصاحب البذر أن يفسخ للعذر والإجارة تفسخ

[١٧٤/٣/أ]

من دقيقها ولا شك أن ذلك استئجار العامل ببعض ما يخرج من عمله، فكذا المزارعة والمساقاة اهـ غاية. **قوله**: (**ولأن الأجر مجهول أو معدوم إلخ**) وإنما قلنا ذلك لأن الأرض أو الشجر إما أن تخرج شيئاً أو لا، فإن أخرجت فالأجرة مجهولة لأن قدر الثلث أو الربع لا يعلم كم هو، وإن لم تخرج فالأجرة معدومة اهـ غاية. **قوله**: (**بطريق المنّ عليهم**) يعني أنها لم تكن بطريق المزارعة والمساقاة بل كانت بطريق الخراج على المنّ عليهم والصلح، لأن النبي ﷺ ملكها غنيمة فلو كان أخذها كلها جاز. **قوله**: (**وتنعقد لازمة**) قال الإتقاني في أول المزارعة: ثم لا بد أن يعرف ركنهما وشرائط جوازهما وحكمهما وصفتهما فأما ركنهما: فالإيجاب والقبول ثم ذكر شرائط الجواز ثم قال: وأما بيان حكمهما فنقول لهما حكمان أحدهما يثبت في الحال وهو الملك في منفعة الأرض إن كان البذر من جهة المزارع أو ثبوت الملك في منفعة العامل، وكان البذر من جهة رب الأرض وفي المعاملة ثبوت الملك في منفعة العامل والحكم الآخر يثبت في الثاني وهو الشركة في الخارج، وأما

---

(١) أخرجه البخاري في المزارعة (٢٣٣٨)، ومسلم في المساقاة (١٥٥١)، وأحمد في مسنده (٦٣٣٢).

(٢) أخرجه البخاري في الإجارة (٢٢٨٦).

بالأعذار، ألا ترى أنه ليس له أن يفسخ بعد ما بذر في الأرض فامتنع القياس عليها، والحيلة للجواز عنده أن يستأجر العامل بأجر معلوم إلى مدة معلومة فإذا مضت المدة يعطيه بعض الخارج عما وجب له من الأجر في ذمة صاحب البذر فيجوز ذلك بتراضيهما كما في سائر الديون إذا أعطاه خلاف جنسه، **ثم إذا فسدت المزارعة عنده** يجب على صاحب البذر أجر المثل للعامل أو للأرض والغلة له لأنها نماء ملكه، وقالوا: الفتوى اليوم على قولهما لحاجة الناس إليها ولتعاملهم، والقياس قد يترك بالتعامل والضرورة كما في الاستصناع، ثم شرط في المختصر لجوازها عند من يجيزها أن تكون الأرض صالحة للزراعة لأن المقصود لا يحصل بدونه **وأن يكون رب الأرض والمزارع من أهل العقد** لأن العقد لا يصح إلا من الأهل وإن يبين المدة **لأنه عقد على منافع الأرض أو العامل** وهي تعرف بالمدة، ويشترط أن تكون المدة قدر ما يتمكن فيها من الزراعة أو أكثر وأن لا تكون قدر ما لا يعيش إليه مثلهما أو مثل أحدهما غالباً، **وعند محمد بن سلمة** لا يشترط بيان المدة وتقع على سنة واحدة، وأن

بيان صفتهما فتقول المعاملة لازمة من الجانبين في الحال حتى أن كل واحد من العاقدين لا يملك الفسخ إلا بعقد والمزارعة لازمة من قبل من لا بذر من جهته حتى لا يملك الفسخ إلا بعذر غير لازمة من قبل من له البذر قبل إلقاء البذر في الأرض حتى يملك الفسخ من غير عذر وبعدما ألقى البذر في الأرض تصير لازمة من الجانبين حتى لا يملك أحدهما الفسخ بعد ذلك إلا بعذر اهـ **قوله**: **(ثم إذا فسدت المزارعة عنده)** أي فسد العقد عند أبي حنيفة بأن سقى الأرض وكربها ولم يخرج شيء فله أجر مثله لأنه في معنى إجارة فاسدة، قال في شرح الطحاوي: فلما لم يجز عنده كان الخارج كله لصاحب البذر فإن كان البذر من قبل رب الأرض فالخارج كله له ويطيب له ولا يتصدق به لأن ذلك كله نماء ملكه ويجب عليه أجر مثل المزارع، وإن كان البذر من قبل المزارع فالخارج كله له ويجب عليه أجر مثل الأرض لصاحب الأرض لأنه استعمل الأرض بعقد فاسد فما كان من الخارج بإزاء البذر والمؤنة يطيب له وما فضل من ذلك يتصدق به، وأما على قولهما: فإن حصل من الخارج شيء يكون بينهما على الشرط، وإن لم يحصل فلا شيء على رب الأرض ولا على المزارع اهـ غاية. **قوله**: **(وأن يكون رب الأرض والمزارع من أهل العقد)** أي وهو لا يختص به لأن عقداً ما لا يصح إلا من الأهل اهـ هداية. **قوله**: **(لأنه عقد على منافع الأرض أو العامل)** قال في شرح الطحاوي: وعقد المزارعة قد يكون استئجار الشخص ببعض الخارج كما إذا كان البذر من قبل رب الأرض، وقد يكون استئجار الأرض ببعض الخارج كما إذا كان البذر من قبل المزارع اهـ غاية. **قوله**: **(وعند محمد بن سلمة إلخ)** قال الإتقاني: وعن محمد بن سلمة أن المزارعة من غير بيان المدة جائزة أيضاً ويقع على سنة واحدة يعني على زرع واحد وبه

يبين من عليه البذر لأن المعقود عليه وهو منافع العامل أو منافع الأرض لا يعرف إلا ببيان من عليه البذر، لأنه المستأجر فببيانه يعرف ما وقع عليه عقد الإجارة من منافع العامل أو منافع الأرض وأن يبين جنس البذر لأن الأجرة منه **فلا بد من بيان جنس الأجرة** وأن يبين نصيب من لا بذر من جهته وهو المراد بقوله: وحظ الآخر لأنه أجرة عمله أو أرضه فلا بد أن يكون معلوماً وأن يخلي بين الأرض والعامل لأنه بذلك يتمكن من العمل فصار نظير المضاربة لا تصح حتى يسلم المال إليه حتى إذا شرط في العقد ما تفوت به التخلية وهو عمل رب الأرض مع العامل لا يصح وأن يكون الخارج مشتركاً بينهما لأنه هو المقصود بها فتنعقد إجارة في الابتداء وتتم شركة في الانتهاء، ولهذا لو شرط لأحدهما قفزان مسماة تفسد لأنه يؤدي إلى قطع الشركة في البعض المسمى

أخذ الفقيه أبو الليث اهـ قوله: جائزة أيضاً، يعني: كالمعاملة وانظر إلى الحاشية التي كتبتها في أول المساقاة فهذه تتمتها والله الموفق اهـ وكتب ما نصه: قال الإتقاني رحمه الله: وحكي عن أئمة بلخ أن بيان من عليه البذر إنما يشترط في موضع ليس فيه عرف ظاهر أن البذر على من يكون أو كان العرف مشتركاً وكل موضع كان بينهم عرف ظاهر أن البذر يكون على أحدهما بعينه لا يشترط بيان من عليه إذا المعروف كالمشروط كما في نقد البلد اهـ **قوله: (فلا بد من بيان جنس الأجرة)** قال الإتقاني: أول المزارعة ومن الشرائط بيان ما يزرع في الأرض وهذا قياس وفي الاستحسان بيان ما يزرع في الأرض ليس بشرط فوّض الرأي إلى المزارع أو لم يفوض بعد أن ينص على المزارعة هكذا ذكر شيخ الإسلام في أول شرح المزارعة، ثم قال الإتقاني: بعد أوراق ما نصه: والثامن بيان جنس البذر ليصير الأجر معلوماً وذلك لأن الأجر بعض الخارج وإعلام جنس الأجر شرط وهذا قياس، وفي الاستحسان ليس ذلك بشرط مر بيانه في أول الكتاب قال أبو جعفر الطحاوي في مختصره: وإذا استأجر الرجل أرضاً مزارعة ولم يسم ما يزرع فيها فالمزارعة فاسدة فإن اختصما قبل أن يزرع فسخت وإن لم يختصما فيها حتى زرعت وحصد زرعها وانقضت مدة الإجارة جاز لرب الأرض التي وقعت الإجارة به لا شيء له غيره إلى هنا لفظ الطحاوي. قال الإمام الإسبيجابي في تعليله: لأن الأرض مما يختلف باختلاف الزرع فرب زرع ينقص الأرض نقصاناً كثيراً ورب زرع ينقصها نقصاناً قليلاً ورب زرع يزيد في الأرض فلا يجوز ما لم يبين فإن اختصما قبل الزراعة كان لكل واحد منهما فسخ الإجارة ولو زرع المستأجر فيها شيئاً قبل الفسخ تعين ذلك للعقد وللمؤجر المسمى من الأجرة، وكذلك لو استأجر دابة ولم يسم ما يحمل عليها أو استأجر ثوباً ولم يبين من يلبسه أو استأجر قدراً ولم يبين ما يطبخ فيها، وقال أيضاً في شرح الطحاوي: إذا دفع الأرض مزارعة على أن البذر من قبل العامل على أن الخارج بينهما وشرط عليه أن يزرع شيئاً معلوماً فزرع غيره فإنه يكون

أو في الكل إذا لم تخرج الأرض أكثر من ذلك، **وكذا إذا شرط أن يرفع قدر بذره** لما ذكرنا، بخلاف ما إذا شرط أن يرفع عشر الخارج أو ثلثه والباقي بينهما لأنه لا يؤدي إلى قطع الشركة وهو يصلح أن يكون حيلة للوصول إلى رفع البذر وأن تكون الأرض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر أو تكون الأرض لواحد والباقي لآخر أو يكون العمل لواحد والباقي لآخر، وهذه الجمل من جملة شروطها، وإنما كان كذلك لأن من جوّزها إنما جوّزها على أنها إجارة، ففي الصورة الأولى يكون صاحب البذر والأرض مستأجراً للعامل وبقرة تبع له لاتحاد منفعتهما لأن البقر آلة له فصار كمن استأجر خياطاً ليخيط له بإبرته أو صباغاً ليصبغ له ثوباً بصبغ من عنده **والأجر يقابل عمله دون الآلة فيجوز**، والأصل فيها أن صاحب البذر هو المستأجر فتخرج المسائل على هذا/ [١٧٤ب/٣] كما رأيت، **وفي الصورة الثانية يكون صاحب البذر** مستأجراً للأرض بأجر معلوم من الخارج فيجوز كما إذا استأجرها بدراهم في الذمة، وفي الصورة الثالثة يكون صاحب البذر مستأجراً للعامل وحده بلا بقر بأجرة معلومة من الخارج فيجوز كما إذا استأجر خياطاً ليخيط له قميصاً بإبرة من عند صاحب الثوب أو طياناً ليطين له بمرّ من المستأجر.

قال رحمه الله: (فإن كانت الأرض والبقر لواحد والعمل والبذر لآخر أو كان البذر لأحدهما والباقي لآخر أو كان البذر والبقر لواحد والباقي لآخر أو شرطاً لأحدهما قفزاناً مسماة أو **ما على الماذيانات والسواقي** أو أن يرفع رب البذر بذره أو أن

مخالفاً سواء أضر بالأرض أو لم يضر بخلاف ما إذا آجر أرضه بدراهم والفرق بينهما أن الأجرة هنا بعض الخارج والخارج يختلف باختلاف الزرع فإذا شرط الحنطة فقد رضي أن تكون أجرتها حنطة فإذا زرع الشعير صار مخالفاً ولا كذلك الإجارة بدراهم، لأن هناك الإجارة دراهم كلها فلو بطل العقد إنما يبطل لأجل المضرة، فإن كان ما زرع فيها يكون في المضرة مثله أو دونه لم يوجد الخلاف وإن كان أكثر من ذلك يكون مخالفاً اهـ **قوله: (وكذا إذا شرط أن يرفع قدر بذره)** أي ويكون الباقي بينهما نصفين اهـ **قوله: (والأجرة تقابل عمله دون الآلة)** يعني لا يكون الأجر بمقابلة البقر بل بمقابلة العمل اهـ **قوله: (وفي الصورة الثانية يكون صاحب البذر إلخ)** قال الإتقاني: وفي نوادر ابن رستم عن محمد إذا قال لغيره آجرتك أرضي هذه سنة بالثلث أو بالربع فهو جائز والبذر على المزارع، ولو قال: دفعت إليك أرضي أو قال: أعطيتك أرضي مزارعة بالثلث، فهو فاسد لأنه ليس فيه بيان من عليه البذر وأنه شرط ولا كذلك الصورة الأولى، لأن الأجرة تكون على المتسأجر لا محالة اهـ وكتب ما نصه: والبقر غير مستأجرة وإنما استعملها في عمل نفسه وذلك لا يمنع صحة العقد اهـ غاية. **قوله: (أو ما على الماذيانات والسواقي)** الماذيان فارسي معرب أصغر من النهر

يرفع الخراج والباقي بينهما فسدت فيكون الخارج لرب البذر وللآخر أجر مثل عمله أو أرضه ولم يزد على ما شرط) والشيخ رحمه اللّه لما بيّن شروط جواز المزارعة بيّن أيضاً الشروط المفسدة لها وبيّن أن الخارج في الفاسدة منها لصاحب البذر لأنه نماء ملكه وأن للآخر أجر المثل ولا يزاد على المسمى لأن صاحب البذر هو المستأجر والآخر هو الأجير على ما بينا، والواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل لا يزاد على المسمى على ما عرف، وعند محمد بالغة ما بلغت، وقيل: الخارج لصاحب الأرض ويصير مستقرضاً للبذر قابضاً له باتصاله بأرضه والأول أصح، ثم قيل إن كان البذر لصاحب الأرض طاب له الفضل، وإن لم يكن له لا يطيب له فيتصدق بما زاد على البذر وأجر الأرض وهذه الجملة التي عدّها مفسدة للإجارة أما الأول **وهو ما إذا كانت الأرض والبقر لواحد والعمل والبذر لآخر** فلأن صاحب البذر استأجر الأرض واشتراط البقر على صاحب الأرض مفسد للإجارة لأن البقر لا يمكن أن يجعل تبعاً للأرض لأن

وأعظم من الجدول، والسواقي جمع الساقية وهي فوق الجدول دون النهر كذا في المغرب، فعلى هذا يكون الماذيان والساقية من الألفاظ المترادفة، وفرّق صاحب الغريبين بينهما فقال: وفي حديث رافع بن خديج «كنا نكري الأرض بما على الماذيان»[1] وفي رواية أخرى «بما على السواقي» أي بما ينبت على الأنهار الكبار والعجم يسموها الماذيان وليست بعربية، ولكنها سوادية، والسواقي دون الماذيانات إلى هنا لفظ الغريبين، وقال الخطابي في شرح السنن والماذيانات الأنهار معربة، وقال أحمد بن المظفر الرازي في فوائده لمختصر القدوري: الماذيانات معربة وهي الأنهار العظام سميت بذلك لأنها يتولد منها الأنهار الصغار والسواقي الأنهار الصغار لأنها كالسقايات والربيع النهر الصغير اهـ غاية.
قوله: (وهو ما إذا كانت الأرض والبقر لواحد) قال الإتقاني: وفي الفصل الرابع لا يجوز لأنه يصير صاحب البذر وهو العامل مستأجراً للأرض والبقر ببعض الخارج فيكون البعض بمقابلة البقر مقصوداً ولم يرد به الشرع فبقي على أصل القياس، وروي عن أبي يوسف في الأمالي: أنها جائزة وجعل منفعة البقر تبعاً لمنفعة الأرض، كما جعلت تبعاً لمنفعة العامل، فإن البقر تبع للأرض في العقد، ألا ترى أنه يصح وقف البقر مع الأرض ولا يصح مقصوداً اهـ قوله: وفي الفصل الرابع أي وهو أن يكون البقر والأرض من واحد والعمل والبذر من آخر اهـ **قوله: (والعمل والبذر لآخر)** قال الكرخي في مختصره: ولو كان البذر من قبل العامل وشرط البقر على رب الأرض فإن المزارعة فاسدة عند محمد لأنه آجر البقر ببعض ما تخرج الأرض ولا يجوز عنده أن يؤاجر غير الأرض ببعض ما يخرج، وقال محمد:

---

(١) أخرج هذه الرواية أبو داود في البيوع من حديث سعد بن أبي وقاص (٣٣٩١)، وأحمد في مسنده (١٥٤٥).

منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض، **لأن منفعتها الإنبات ومنفعة البقر الشق** وبينهما اختلاف وشرط التبعية الاتحاد فصار شرطاً مفسداً، بخلاف ما إذا كان البقر مع العامل حيث يجوز، لأن البقر أمكن جعله تبعاً لاتحاد منفعتهما لأن منفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كإبرة الخياط، وعن أبي يوسف: أنه يجوز للتعامل والقياس يترك به والظاهر الأول، وأما الثاني وهو ما إذا كان البذر لواحد **والباقي لآخر** وهو العمل والبقر والأرض فلأن العامل أجير فلا يمكن أن تجعل الأرض تبعاً له لاختلاف منفعتهما فصار نظير البقر والأرض من واحد والباقي من الآخر وهي المسألة الأولى، **وعن أبي يوسف: أنه يجوز** للتعامل، وأما الثالث وهو ما إذا كان البذر والبقر لواحد والباقي لآخر **وهو العمل والأرض** فلما ذكرنا أن الأرض لا يمكن جعلها تبعاً لعمله لاختلاف المنافع ففسدت المزارعة، وهنا وجه آخر لم يذكره في الكتاب وهو أن يكون البقر من واحد **والباقي من آخر** قالوا: هو فاسد وينبغي أن يجوز بالقياس على العامل وحده أو على الأرض وحدها، فإنه يجوز أن يستأجر البقر كما يجوز أن يستأجر العامل أو الأرض، والجواب عنه أن القياس أن لا تجوز المزارعة لما فيها من الاستئجار ببعض الخارج وهو لا يجوز، وإنما تركنا ذلك بالأثر والأثر ورد في استئجار العامل أو الأرض فبقي ما وراءه على الأصل إذ استئجار شيء بأجرة غير مشار إليه ولا

وهذا قياس قول أبي يوسف أيضاً. **قوله**: (**لأن منفعتها الإثبات**) أي بخلق اللّه إياها كذلك على هذه الطبيعة اهـ **قوله**: (**ومنفعة البقر الشق**) أي وهو إقامة عمل الزراعة بخلق اللّه تعالى أيضاً اهـ **قوله**: (**والباقي لآخر**) فهذه المزارعة فاسدة لأنه يصير مستأجراً للأرض والبقر والعامل جميعاً بالبذر ولم يرد الشرع به اهـ غاية. **قوله**: (**وعن أبي يوسف أنه يجوز**) أي لأنه استئجار العامل والأرض ببعض الخارج وكل واحد منهما جائز عند الإنفراد فكذا عند الاجتماع اهـ إتقاني. **قوله**: (**وهو العمل والأرض**) فالمزارعة فاسدة لأن الشرع لم يرد به اهـ غاية. **قوله**: (**والباقي من آخر**) قال الإتقاني: وكذلك إن كان البقر وحده من أحدهما والباقي من الآخر فالمزارعة فاسدة في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف أنه جوّز ذلك كذا في تجريد المحيط اهـ (فرع) قال الشيخ ملا مسكين رحمه اللّه: واعلم أن المزارعة على أربعة أوجه، وهذا لأن ما يقوم به المزارعة أربعة وهي الأرض والبذر والعمل والبقر وبالتقسيم العقلي على سبعة أوجه، لأنه إما أن يكون الواحد من أحدهما والثلاثة من الآخر وهذا على أربعة أوجه وهو أن يكون الأرض أو العمل أو البذر أو البقر من أحدهما والباقي من الآخر، الأولان جائزان والثالث غير جائز والرابع غير مذكور في الكتاب وهو غير جائز أيضاً، وإما أن يكون اثنان من أحدهما واثنان من الآخر وهو على ثلاثة أضرب وذلك أن تكون الأرض مع البذر أو مع البقر أو مع العمل من أحدهما والباقيان من الآخر والأول جائز دون الآخرين اهـ **قوله**:

في الذمة لا يجوز وقد ورد ذلك في استئجار الأرض أو العامل في المزارعة فيقتصر عليه، وأما إذا شرطا لأحدهما قفزاناً مسماة أو ما على الماذيانات والسواقي، أو أن يرفع رب البذر بذره أو أن يرفع الخراج فلما بينا أنه يؤدي إلى قطع الشركة في البعض المسمى أو في الكل، وشرط صحتها أن يكون الخارج كله مشتركاً بينهما، **والمراد بالخراج هنا هو الموظف** بأن كان الموضوع على الأرض دراهم مسماة أو قفزاناً مسماة أو منهما، وأما إذا كان الخراج خراج مقاسمة بأن كان الموضوع عليها نصف/ [١٧٥/ب/٣] الخارج أو ثلثه أو نحو ذلك من الجزء الشائع فلا يفسد اشتراط رفعه لأنه لا يؤدي إلى قطع الشركة وقد ذكرناه من قبل وهو الحيلة لرفع قدر بذره على ما بينا، وكذا إذا شرطا لأحدهما التبن **وللآخر الحب** لأنه يحتمل أن تصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج إلا التبن، **وكذا** إذا شرطا التبن نصفين والحب لأحدهما لأنه يؤدي إلى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب، **ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا لذكر التبن** صحت لاشتراكهما فيما هو المقصود، ثم التبن يكون لصاحب البذر لأنه نماء ملكه وفي حقه لا يحتاج إلى الشرط كنصيب رب المال في المضاربة، وقال مشايخ بلخ: التبن أيضاً بينهما اعتبار للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولأنه تبع للحب فيعطى له حكمه، **ولو شرطا الحب نصفين والتبن لرب البذر صحت** لأنه شرط لا يخالف

(**والمراد بالخراج هنا هو الموظف**) أي لأن جواز المزارعة على خلاف القياس بالأثر وذلك ورد فيما إذا كان الخارج مشتركاً وما سواه بقي على أصل القياس والأصل في هذا الباب أنه متى شرط شرطاً يوهم قطع الشركة عن الخارج يفسد به العقد، لأن العقد إنما انعقد ليصير شركة في الانتهاء ومتى انقطع احتمال الشركة بقي إجارة محضة بأجر معدوم وأنه لا يصح اهـ غاية. **قوله**: (**وكذا**) أي تفسد المزارعة اهـ **قوله**: (**وللآخر الحب**) أي لا يجوز لأن هذا يؤدي إلى قطع الشركة اهـ غاية. (فرع) إذا شرطا أن يكون الحب والتبن بينهما نصفين جازت المزارعة ويكون التبن والحب بينهما كما شرط، وكذا إذا شرطا أن يكون الخارج بينهما أو الزرع أو الريع بينهما جاز ويكون الحب والتبن بينهما لأن اسم الخارج يتناولهما اهـ غاية. **قوله**: (**ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا لذكر التبن إلخ**) في ظاهر الرواية يجوز ويكون التبن لصاحب البذر، وعن أبي يوسف أنه لا يجوز هكذا ذكر الطحاوي عن محمد: لأن التبن مقصود كما أن الحب مقصود وجه ظاهر الرواية أن استحقاق من لا بذر له بحكم الشرط ولم يوجد فبقي التبن لصاحب البذر فيصير كأنهما شرطا أن يكون الحب بينهما والتبن لصاحب البذر وذلك جائز لما ذكرنا اهـ غاية، وكتب ما نصه: ولو شرطا التبن بينهما وسكتا عن الحب لا يجوز لأن المقصود هو الحب فالسكوت عن المقصود يكون بمنزلة السكوت عنهما وذلك لا يجوز اهـ إتقاني. **قوله**: (**ولو شرطا الحب نصفين والتبن لرب

موجب العقد لأنه باق على حكم ملكه، **ولو شرطا التبن للعامل** فسدت لأنه شرط مخالف لمقتضى العقد فربما يؤدي إلى قطع الشركة بأن تصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج إلا التبن.

قال رحمه الله: (وإن صحت فالخارج على الشرط) لصحة الإلتزام.

قال رحمه الله: (وإن لم يخرج شيء فلا شيء للعامل) لأنها إما إجارة أو شركة فإن كانت إجارة فالواجب في العقد الصحيح منها المسمى وهو معدوم فلا يستحق غيره وإن كانت شركة فالشركة في الخارج دون غيره فلا يستحق غيره بخلاف ما إذا فسدت المزارعة ولم تخرج الأرض شيئاً **حيث يستحق أجر المثل** في الذمة وعدم الخروج لا يمنع من وجوبه في الذمة.

قال رحمه الله: (ومن أبى عن المضي أجبر إلا رب البذر) لأنها انعقدت إجارة والإجارة عقد لازم غير أنها تفسخ بالأعذار فإن امتنع صاحب البذر عن المضي فيها كان معذوراً لأنه لا يمكنه المضي إلا بإتلاف ماله وهو إلقاء البذر على الأرض ولا يدري هل يخرج أم لا فصار نظير ما لو استأجر أجيراً ليهدم داره ثم امتنع وإن امتنع العامل أجبر على العمل لأنه لا يلحقه به ضرر **فلا يفسخ من غير عذر**، ثم إذا امتنع رب البذر والأرض من قبله بعدما كرب المزارع الأرض فلا شيء له في عمل الكراب في القضاء لأن عمله إنما يتقوم بالعقد وقد قوّمه بجزء من الخارج ولا خارج ويلزمه فيما بينه وبين اللّه تعالى أن يعطيه أجر مثل عمله كيلا يكون مغروراً من جهته، لأنه يتضرر به وهو مدفوع **فيفتي** بإرضائه بأن يوفيه أجر مثله.

قال رحمه الله: **(وتبطل بموت أحدهما)** لأنها إجارة وهي تبطل بموت أحد المتعاقدين إذا عقداها لأنفسهما وقد بيناه في الإجارة وهذا على إطلاقه هو جواب القياس، وفي الاستحسان إذا مات أحدهما وقد نبت الزرع يبقى عقد الإجارة حتى

البذر صحت) وعن أبي يوسف أنه لا يجوز أصلاً لأن هذا شرط يؤدي إلى قطع الشركة لاحتمال أن لا تخرج الحب وجه ظاهر الرواية أن النص ورد بجواز المعاملة وأنه شركة في الفرع وهو الثمر دون الأصل وهو الغراس فأمكن القول بجواز مثلها من المزارعة اهـ غاية. قوله: وهو الغراس الأصل هو التبن والغراس والفرع هو الحب والثمر لأنه متولد منهما اهـ وكتب ما نصه: قال الإتقاني: وإن شرطا الحب بينهما والتبن لأحدهما بعينه فإن شرطاه لصاحب البذر جاز ولو شرطاه للآخر فسد اهـ **قوله: (ولو شرطا التبن للعامل)** يعني فيما إذا شرطا أن الحب بينهما نصفان اهـ غاية. **قوله: (حيث يستحق أجر المثل)** الظاهر بعد قوله: حيث يستحق أجر المثل لأن أجر المثل إلخ. **قوله: (فلا يفسخ من غير عذر)** أي عذر تفسخ به الإجارة اهـ قال الإتقاني: إلا أن يكون هناك عذر مما تفسخ به الإجارة فيكون له فسخ

يستحصد ذلك الزرع ثم يبطل في الباقي لأن في إبقاء العقد حتى يستحصد مراعاة الحقين فيعمل العامل أو ورثته على حاله، فإذا حصد يقسم على ما شرطا ولا ضرورة في الباقي فتبطل ولو مات رب الأرض قبل الزراعةبعدما كرب الأرض وحفر الأنهار انتقضت المزارعة لأنه ليس في ذلك إتلاف مال على المزارع، ولا شيء للعامل بمقابلة العمل، لأنه يقوم بالخارج ولا خارج فلا يجب شيء بخلاف المسألة الأولى حيث يفتى بإرضائه، لأنه كان مغروراً من جهته بالامتناع باختياره ولم يوجد ذلك هنا لأن الموت يأتي بدون اختياره، وإذا كان على رب الأرض دين **فادح** ولم يقدر على قضائه إلا ببيع الأرض فسخت المزارعة قبل الزراعة وبيعت بالدين لأنها تفسخ بالأعذار على ما بينا وهذا عذر **وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الأرض** وحفر الأنهار بشيء، لأن المنافع لا تتقوّم إلا بالعقد وتقويمها وقع بالخارج / [١٧٥ب/٣] فإذا انعدم الخارج لم يجب شيء ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الأرض بالدين حتى يستحصد الزرع لأن في البيع إبطال حق المزارع والتأخير أهون من الإبطال ويخرجه القاضي من الحبس إن كان حبسه به لأنه لما امتنع بيع الأرض لم يكن هو مماطلاً فلم يكن ظالماً والحبس جزاء الظلم بالمماطلة، **ولا كذلك لو زرع الأرض ولم تنبت** بعد في رواية لأنه ليس لصاحب البذر في الأرض عين مال قائم لأن التبذير استهلاك، ولهذا لو امتنع صاحب البذر عن

الإجارة كذا في شرح الأقطع اهـ إتقاني. **قوله: (فيفتي)** هذا إذا امتنع رب الأرض أما لو مات رب الأرض فلا شيء للعامل بمقابلة كرابه كما سيأتي قريباً اهـ **قوله في المتن: (وتبطل بموت أحدهما)** قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: ولو دفع الأرض إليه سنين ثم مات رب الأرض في أول سنة منها بعد ما نبت الزرع لم يكن للورثة أخذ الأرض استحساناً حتى يستحصد الزرع والقياس أن يثبت لهم حق الأخذ لأنه يفسخ العقد بموت العاقد إلا أنا بقيناه استحساناً لأجل العذر وعقد الإجارة جوّز للعذر فلأن يبقى للعذر كان أولى، ولهذا قلنا: أنه لو استأجر سفينة فلما توجه لجة البحر انتهت مدة الإجارة قدّرنا عقد إجرة مبتدأ بأجر المثل لمكان العذر فإذا قدرنا عقداً مبتدأ لأجل العذر فلأن يبقى المزارع والورثة على الشرط أولى وانفسخ العقد في السنين الباقية. **قوله: (فادح)** الفادح الثقيل يقال: فدحه الأمر أثقله اهـ كاكي. والفادح بالفاء اهـ مغرب. **قوله: (وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الأرض إلخ)** قال في شرح الكافي: والأعذار ثلاثة المرض الذي يقعد العامل عن العمل وخيانة العامل والدين الذي لا وفاء به عنده سوى بيع الأرض لأنه يتعذر حصول الغرض مع هذه الأعذار غالباً فلم يكن في إبقاء العقد فائدة فكان له حق النقض اهـ إتقاني. **قوله: (ولا كذلك لو زرع الأرض ولم تنبت إلخ)** قال الإتقاني: فأما إذا ألقى البذر في الأرض ولم تنبت بعد كان له أن يبيع الأرض لأنه بعد لم يتعلق بها حق المزارع ويضمن له بذره على

المزارعة كان عذراً لأنه امتناع عن الاستهلاك فصار المزروع مستهلكاً والمستهلك ليس بمال فإذا لم تكن له عين فيها تباع في الحال في الدين كما تباع قبل الزراعة في الحال، وقيل: لا تباع حتى يستحصد كما لا تباع بعد النبات حتى يستحصد، لأن التبذير ليس باستهلاك وإنما هو استنماء، ألا ترى أن الأب والوصي يملكان زراعة مال الصغير ولو كان استهلاكاً لما ملكاه فكان البذر فيها عين مال فلا تباع كما لا تباع بعد النبات.

قال رحمه اللّه: (فإن مضت المدة والزرع لم يدرك فعلى المزارع أجر مثل أرضه حتى يدرك) أي يجب على العامل أجر مثل أرض الآخر إلى أن يستحصد الزرع لأن العقد قد انتهى بمضي المدة إلا أن في قلعه ضرراً فبقيناه بأجر المثل إلى أن يستحصد فيجب على غير صاحب الأرض بحصته من الأجرة، لأنه استوفى منفعة الأرض بقدره بخلاف ما إذا مات أحدهما قبل إدراك الزرع حيث يترك إلى أن يستحصد ولا يجب على المزارع شيء لأنا بقينا عقد الإجارة هناك استحساناً لبقاء مدة الإجارة فأمكن استمرار العامل أو وارثه على ما كان من العمل، أما هنا فلا يمكن لانقضاء المدة فتعين إيجاب أجر المثل بالإبقاء وكان العمل ونفقة الزرع ومؤنة الحفظ وكري الأنهار عليهما لأنها كانت على العامل لبقاء العقد لأنه مستأجر في المدة فإذا مضت المدة انتهى العقد فيجب عليهما مؤنته على قدر ملكهما، لأنه مال مشترك بينهما بخلاف ما إذا مات أحدهما قبل الإدراك حيث يكون الكل على العامل لبقاء العقد على ما بينا، **وإن أنفق أحدهما على الزرع** بغير أمر القاضي وبغير أمر صاحبه فهو متطوّع لأنه لا ولاية له عليه ولا هو مضطر إلى ذلك لأنه يمكنه أن ينفق بأمر القاضي فصار نظير ترميم الدار المشتركة، ولو أراد رب الأرض أن يأخذ الزرع بقلاً ليس له ذلك لما فيه من الإضرار بالآخر ولو أراد المزارع أن يأخذه بقلاً قيل لصاحب الأرض اقلع الزرع إن شئت فيكون بينكما **أو أعطه قيمة نصيبه** أو أنفق أنت على الزرع **فارجع عليه بما أنفقت دفعاً** للضرر عنه، ولو مات المزارع قبل دراك الزرع فلورثته أن يعملوا مكانه نظراً لهم ولا أجر لهم لأنا بقينا العقد نظراً لهم فقاموا مقامه وهو لا يستحق الأجر في المدة فكذا هم، وإن أرادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لأنا

قول أبي يوسف، وقال محمد تقوّم الأرض مبذورة وغير مبذورة ويضمن ما زاد البذر فيها لأنا نحتاج إلى قطع حقه عنه للحال فتجب القيمة للحال اهـ **قوله: (وإن أنفق أحدهما على الزرع)** أي فيما إذا انقضت مدة المزارعة والزرع بقل اهـ إتقاني. **قوله: (أو أعطه قيمة نصيبه)** أي نابتاً اهـ إتقاني. وكتب ما نصه: ويكون الزرع كله لك اهـ **قوله: (فارجع عليه بما أنفقت)** اعلم أن في الرجوع في حصة المزارع إشكالاً ذكره الشارح في المساقاة عند قوله وتبطل

بقينا العقد نظراً لهم، وإذا تركوا النظر لأنفسهم كان لهم ذلك وكان للآخر الخيارات الثالثة نظراً له على ما بينا.

قال رحمه الله: (**ونفقة الزرع عليهما بقدر حقوقهما** كأجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية) أي يجب عليهما نفقة الزرع على قدر ملكهما بعد انقضاء مدة المزارعة، كما يجب عليهما أجرة الحصاد والرفاع والدياسة مطلقاً من غير قيد بانقضاء مدة المزارعة أما نفقة الزرع بعد انقضاء المدة فلما ذكرنا، وأما وجوب الحصاد والرذاع والدياسة والتذرية عليهما مطلقاً فلأن عقد المزارعة يوجب على العامل عملاً يحتاج إليه إلى انتهاء الزرع ليزداد الزرع بذلك فيتناهى وجوب العمل عليه بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقي بعد ذلك مالاً مشتركاً بينهما فتجب مؤنته عليهما.

[١٧٦/أ/٣] قال رحمه الله: (فإن شرطاه على العامل فسدت/) أي شرطا العمل الذي يكون بعد انتهاء الزرع كالحصاد والرفاع والتذرية والدياس لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحدهما فيفسد، وإنما قلنا ذلك لأن العقد يقتضي عمل المزارعة وهذه الأشياء لست من أفعال المزارعة فكانت أجنبية فيكون شرطها مفسداً كشرط الحمل والطحن على العامل، وعن أبي يوسف أن المزارعة مع شرط الحصاد والدياس والتذرية جائزة ومشايخ بلخ كانوا يفتون بهذه الرواية ويزيدون على هذا ويقولون يجوز شرط التنقية والحمل إلى منزله على العامل لأن المزارعة على هذا الشرط متعامل بين الناس ويجوز ترك القياس بالتعامل، ألا ترى أن الاستصناع يجوز للتعامل، واختار شمس الأئمة السرخسي رواية أبي يوسف وقال: هو الأصح في ديارنا، ولو شرطا الجداد على العامل أو الحصاد على غير العامل لا يجوز بالإجماع لعدم التعامل، **ولو أرادا فصل القصيل** أو جداد التمر بسراً أو التقاط الرطب، كان ذلك كله عليهما

بالموت فارجع إليه اهـ **قوله في المتن: (ونفقة الزرع عليهما بقدر حقوقهما إلخ)** حاصل الكلام هنا على ثلاثة أوجه ذكرها الكرخي في مختصره: ما كان قبل بلوغ الزرع ما يصلح به الزرع فهو على العامل وما كان بعد ما تناهى الزرع فهو عليهما وما كان بعد القسمة فهو على كل واحد منهما في نصيبه خاصة دون صاحبه إلى هنا لفظ الكرخي رحمه الله، وذلك لأن كل ما يحتاج إليه الزرع قبل بلوغ الزرع مما يصلح به فهو على العامل لأن ذلك عمل المزارعة وهو معقود عليه من جهة المزارع فيختص به وكل ما يحتاج إليه بعد تناهي الزرع فهو عليهما على قدر حصصهما فكذلك النفقة وما يحتاج إليه بعد القسمة فهو على كل واحد منهما في نصيبه، لأن نصيب كل واحد منهما قد تميز فيكون مؤنته عليهما خاصة اهـ إتقاني. **قوله: (ولو أرادا فصل القصيل إلخ)** القصيل اسم لكل زرع بعد النبات قبل الإدراك اهـ إتقاني. وكتب ما نصه: **قال الإتقاني**: وقد قالوا: لو شرط في المزارعة عملهما جميعاً

لأنهما أنهياه لما عزما على القصيل والجداد بسراً فصار كالحصاد بعد الإدراك، والله تعالى أعلم بالصواب.

فالمزارعة فاسدة، لأن البذر إن كان من قبل العامل فهو مستأجر للأرض فإذا شرط عمل صاحبه لم يسلم ما آجر وذلك يمنع صحة الإجارة، وإذا كان البذر من قبل رب الأرض واشترط عمله فلم يخل بين المزارع والأرض ومن شرط المزارعة التخلية وصار كالمضاربة إذا شرط فيها عمل رب المال أنها تفسد فكذلك المزارعة كذا في شرح الأقطع اهـ

كتاب المساقاة

وهي مفاعلة من السقي لغة.

قال رحمه الله: (هي معاقدة دفع الأشجار إلى من يعمل فيها على أن الثمر بينهما) يعني في العرف.

قال رحمه الله: (وهي كالمزارعة) حتى لا تجوز عند أبي حنيفة كالمزارعة وعندهما تجوز وشروطها عندهما شروط المزراعة في جميع ما ذكرنا إلافي أربعة أشياء احدها إذا امتنع أحدهما يجبر عليه لأنه لا ضرر عليه في المضي بخلاف المزارعة حيث لا يجبر صاحب البذر إذا امتنع، والثاني: إذا انقضت المدة يترك بلا أجر ويعمل بلا أجر على ما نبين، وفي المزارعة بأجر على مابينا، والثالث: إذا استحق النخيل يرجع العامل بأجر مثله والمزارع بقيمة الزرع. **والرابع**: **في بيان المدة**، فإنه إذا لم يبين فيها المدة يجوز استحساناً، لأن وقت إدراك الثمر معلوم وقل ما يتفاوت فيه فيدخل فيه ما هو المتيقن به **وإدراك البذر** في أصول الرطبة في هذا بمنزلة إدراك الثمار لأن له نهاية معلومة فلا يشترط فيه بيان المدة بخلاف الزرع، لأن ابتداءه يختلف

كتاب المساقاة

قال الإتقاني: قال في شرح الطحاوي: المساقاة عبارة عن المعاملة بلغة أهل المدينة ولأهل المدينة لغات يختصون بها فيقولون للمزارعة مخابرة وللإجارة بيعاً وللمضاربة مقارضة وللصلاة سجدة، ثم قال ولا ينبغي له أن يشترط العمل على صاحب الكرم فإذا اشترط فسدت المعاملة لأن التخلية لم توجد ولو اشترط شيئاً على المساقي مما تبقى منفعته وراء المدة، فإنه لا يجوز نحو إلقاء السرقين ونصب العرائش وتقليب أرض الغراس وغرس الأشجار وما أشبه ذلك فإن المعاملة فاسدة، وكذا لو اشترط قطف العنب على العامل فإنه يفسد المعاملة فإذا فسدت فالخارج كله لصاحب الكرم ويجب عليه أجر المثل اهـ **قوله**: (**والرابع في بيان المدة إلخ**) قال الإتقاني في أول المزارعة: وفيما إذا دفع الأرض معاملة ففي القياس لا يجوز من غير بيان المدة وفي الاستحسان يجوز ويقع على أول ثمرة تخرج في تلك السنة فعلى جواز الاستحسان فرق محمد بين المزارعة والمعاملة فأوقع المعاملة على ثمرة واحدة وما أوقع المزارعة على زرع واحد في سنة واحدة اهـ **قوله**: (**وإدراك البذر إلخ**) قال الإتقاني: والبذر بالذال ما يبذر والبزر بالزاي بزر البقل وغيره كذا في

والانتهاء مبني عليه فتدخله الجهالة الفاحشة، وبخلاف ما إذا دفع إليه غرساً قد نبت ولم يثمر بعد معاملة حيث لا يجوز إلا ببيان المدة، لأنه يتفاوت بقوّة الأراضي وضعفها تفاوتاً فاحشاً، فلا يمكن صرفه إلى أول ثمرة تخرج منه، وبخلاف ما إذا دفع نخيلاً أو أصول رطبة على أن يقوم عليها **حتى تذهب أصولها ونبتها**، لأنه لا يعرف متى ينقطع النخيل أو الرطبات لأن الرطبة تنمو ما دامت متركبة في الأرض فتكون المدة مجهولة **فتفسد المساقاة، وكذا إذا أطلق في الرطبة ولم يزد قوله حتى تذهب** بخلاف ما إذا أطلق في النخيل حيث يجوز وينصرف إلى أول ثمر يخرج منه، والفرق أن ثمر النخيل لإدراكه وقت معلوم فينصرف إليه ولا يعرف في الرطبة أول جزة منه لأنه لا يعرف متى يجز حتى لو كان معروفاً جاز لعدم الجهالة فصار كبذره وثمار النخل، ولو أطلق في النخيل ولم يثمر في تلك السنة انقضت المعاملة فيها لانتهاء مدتها فإن سميا فيها مدة يعلم أن الثمر لا يخرج في تلك المدة فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الثمار، وإن ذكرا مدة محتملة لطلوع الثمر فيها جازت المزارعة لعدم التيقن بفوات المقصود، ثم إن خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد، وإن تأخر فللعامل أجر المثل لفساد العقد، لأنه تبين الخطأ في المدة المسماة، فصار كما لو علم ذلك من الابتداء بخلاف ما إذا لم يخرج أصلاً، لأن الذهاب بآفة [سماوية][1] فلا يتبين أن العقد كان فاسداً فيبقى العقد صحيحاً ولا شيء/ لكل واحد منهما على صاحبه. [١٧٧/أ٣]

قال رحمه اللّه: (وتصح في الشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان) **وقال الشافعي في الجديد: لا تجوز** إلا في النخل والكرم ولا تجوز المزارعة إلا تبعاً للمساقاة لأن القياس يأباهما لما قال أبو حنيفة رحمه اللّه في المزارعة: وإنما جوزناهما بالأثر وهو حديث خيبر وقد خصهما، وله أصل في الشرع وهو المضاربة والمساقاة أشبه بها من المزارعة، فإن فيها الشركة في الزيادة دون الأصل وهو النخيل كما في

الديوان وغيره وقد وقع سماعنا هذا في هذا الموضع بالذال اهـ **قوله: (حتى تذهب أصولها)** أي فما خرج من ذلك فهو بينهما نصفان فهو فاسد اهـ غاية. **قوله: (ونبتها)** أي يتقطع نبتها اهـ **قوله: (فتفسد المساقاة)** إلا أن بينا المدة اهـ **قوله: (وكذا إذا أطلق في الرطبة)** يعني لم يبين مدة اهـ **قوله: (ولم يزد قوله حتى تذهب)** أي فإن المساقاة فاسدة يعني إذا لم يكن للرطبة جزة معلومة وإذا كانت معلومة جازت كما سيجيء في كلام الشارح رحمه اللّه اهـ **قوله: (وقال الشافعي في الجديد لا تجوز إلخ)** وفي القديم تجوز في كل شجرة لها ثمر اهـ

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

المضاربة والشركة، وفي المزارعة لا يتأتى ذلك لأن شرط رفع البذر مفسد إجماعاً فجوزنا المعاملة مقصوداً ولم نجوّز المزارعة إلا تبعاً في ضمن المعاملة وكم من شيء يصح تبعاً لا مقصوداً كبيع الشرب تبعاً لبيع الأرض، ولنا ما روي عن ابن عمر أن النبي ﷺ: «عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع»[1] رواه البخاري ومسلم وجماعة أخر. وهذا مطلق فلا يجوز تقييده ببعض الأشجار دون بعض ولا تكون المزارعة تبعاً للمعاملة بالرأي، وقد ورد فيه أحاديث كثيرة كلها مطلقة فوجب إجراؤها على إطلاقها، ويحكى نصاً أن أهل خيبر كانوا يعملون في الأشجار والرطاب، **ولأن الأصل** في النصوص أن تكون معلولة فجاز تعديتها إلى ما لا نص فيه لا سيما عند الخصم فإنه لا يحتاج إلى إقامة الدليل على أنه معلول.

قال رحمه الله: (**فإن دفع نخلاً فيه ثمرة** مساقاة والثمرة تزيد بالعمل صحت وإن انتهت لا كالمزارعة) لأن العامل لا يستحق إلا بالعمل ولا أثر للعمل بعد التناهي، فلو جاز بعد الإدراك لاستحق بلا عمل ولم يرد به الشرع، ولا يجوز إلحاقه بما قبل التناهي لأن جوازه قبل التناهي للحاجة على خلاف القياس ولا حاجة إلى مثله فبقى

إتقاني. **قوله: (ولأن الأصل إلخ)** يعني لو كان الأمر كما زعم الشافعي بأن يكون الأثر خص النخل والكرم ولكن الأصل في النصوص التعليل وإنما جوّزت المعاملة في النخل والكرم بعلة الحاجة والعلة عامة في غيرهما فتجوز في الرطاب والباذنجان أيضاً لوجود الحاجة فيهما اهـ غاية. **قوله في المتن: (فإن دفع نخلاً فيه ثمرة إلخ)** قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره وإذا دفع الرجل إلى رجل نخلاً فيه طلع معاملة بالنصف فهو جائز وإن لم يسميا شيئاً فهو على المعاملة حتى يبلغ فإذا بلغ فهو بينهما نصفان وكذلك لو دفعه إليه وقد صار بسراً أخضر وكذا لو دفعه إليه وقد صار أحمر لأنه لم يتناه عظمه فهذه معاملة جائزة وهو بينهما نصفان فإذا دفعه وقد انتهى عظمه وليس يزيد على ذلك قليلاً ولا كثيراً إلا أنه لم يرطب فالمعاملة فاسدة فإن قام عليه وحفظه حتى صار تمراً فجميع التمر لصاحب النخل وللعامل أجر مثله فيما عمل، وكذلك العنب وجميع الفاكهة في الأشجار يدفعها فهو كما وصفت لك من ثمر النخل، قال أبو الحسن: وكذلك الزرع ما لم يبلغ الاستحصاد لم يجز أن يدفعه إلى من يقوم عليه ببعضه والجواب فيه مثل الأول إلى هنا لفظ الكرخي رحمه الله اهـ إتقاني. (فرع) قال الإتقاني: ما نصه: قال في باب العذر في المعاملة من شرح الكافي: وإذا دفع الرجل إلى الرجل نخلاً معاملة فما أخرج الله تعالى من شيء فهو بينهما نصفان فقام عليه ولقحه حتى إذا صار أخضر مات صاحب الأرض انقضت المعاملة وكان البسر بين

---

(١) أخرجه البخاري في المزارعة (٢٣٢٨)، ومسلم في المساقاة (١٥٥١)، والترمذي في الأحكام (١٣٨٣).

على الأصل. وكذا على هذا إذا دفع الزرع وهو بقل جاز وإن استحصد وأدرك لم يجز لما ذكرنا، وهو المراد بقوله كالمزارعة.

قال رحمه الله: (وإذا فسدت فللعامل أجر مثله) لأنها في معنى الإجارة كالمزارعة إذا فسدت.

قال رحمه الله: (وتبطل بالموت) لأنها في معنى الإجارة كالمزارعة وقد بيناه فيها) فإذا مات رب الأرض والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك إلى أن يدرك الثمر وليس لورثته أن يمنعوه من ذلك استحساناً كما في المزارعة، لأن في منعه إلحاق الضرر به فيبقي العقد دفعاً للضر عنه ولا ضرر على الورثة، **ولو التزم العامل الضرر** يتخير ورثة الآخر بين أن يقتسموا البسر على الشرط وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعون عليه بذلك في حصة العامل من الثمر، لأنه ليس له إلحاق الضرر به كما في المزارعة هكذا ذكره صاحب الهداية وغيره، **وفي رجوعهم في حصته فقط إشكال** وكان ينبغي أن يرجعوا عليه بجميعه لأن العامل إنما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه، ولهذا لو اختار المضي أو لم يمت صاحبه كان العمل كله عليه فلو رجعوا عليه بحصته فقط يؤدي إلى أن العمل يجب عليهما حتى يستحق المؤنة بحصته فقط وهذا خلف لأنه يؤدي إلى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة، وكذا هذا الإشكال وارد في المزارعة أيضاً، ولو مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه وليس لرب الأرض أن يمنعهم

ورثة صاحب الأرض وبين العامل نصفين في القياس لأن الإجارة تنتقض بموت أحد المتعاقدين على ما عرف لكنا نستحسن أن نقيم ورثة صاحب الأرض مقامه ويبقى العقد لأجل الحاجة، ثم قال: فإن قال العامل أنا آخذ نصف البسر فالورثة بالخيار إن شاؤوا صرموا البسر واقتسموه وإن شاؤوا أعطوه نصف قيمة البسر وإن شاؤوا أنفقوا عليه حتى يبلغ ويرجعون بنصف نفقتهم في حصة العامل من الثمر وقد مر الوجه فيه في المزراعة اهـ ما قاله الإتقاني في المساقاة. **قوله**: (**ولو التزم العامل الضرر**) أي وقال: أنا آخذ نصف البسر اهـ **قوله**: (**وفي رجوعهم في حصته فقط**) لم يقل بقدر حصته ليرد ما ذكر بل معناه أنهم يرجعون بجميع ما غرموا في نصيب المزارع لأن العمل عليه فعليه بدله والشارح اعتقد أن معناه يرجعون عليه بمقدار حصته مما غرموا أي يكون جميع ما غرموا عليهم وعليه فيرجعون بما عليه وليس كذلك اهـ قارئ الهداية نقلته من خطه رحمه الله تعالى. **قوله**: (**إشكال**) في هذا الإشكال نظر ظاهر اهـ وكتب ما نصه: لا إشكال في قول صاحب الهداية وغيرها أصلاً إنما الإشكال فيما فهمه هذا الشارح رحمه الله من عبارتهم فإنهم قالوا: يرجعون عليه بذلك في حصته أي يرجعون في حصة العامل بجميع ما أنفقوا ولم يقل أحد منهم

من ذلك، لأن فيه النظر من الجانبين، فإذا أرادوا أن يصرموه بسراً كان صاحب الأرض بين الخيارات الثلاث التي ذكرناها، والإشكال الوارد في الرجوع بحصته وأراد هنا أيضاً وإن ماتا جميعاً فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه، **وهذا خلافة في حق مالي**، وهو ترك الثمار على الأشجار إلى وقت الإدراك لا أن يكون وارثه في الخيار فيورث، بخلاف خيار الشرط فإن أبى ورثة العامل أن يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الأرض على ما وصفنا، وإذا انقضت مدة المعاملة/ والخارج بسر أخضر فهو [١٧٧/١ ٣] كالمزارعة إذا انقضت مدّتها فللعامل أن يقوم عليها إلى أن تنتهي الثمار كما كان ذلك للمزارع، لكن هنا لا يجب على العامل أجر حصته إلى أن يدرك، لأن الشجر لا يجوز استئجاره بخلاف المزارعة حيث يجب على المزارع أجر مثل الأرض إلى أن يدرك الزرع لأن الأرض يجوز استئجارها وكذلك العمل كله على العامل هاهنا، وفي المزارعة عليهما لأنه لما وجب أجر المثل للأرض بعد انتهاء المدة في المزارعة لا يستحق العمل عليه كما يستحق قبل انتهائها.

قال رحمه الله: (**وتفسخ بالعذر** كالمزارعة بأن يكون العامل سارقاً أو مريضاً لا يقدر على العمل) لأنها في معنى الإجارة وقد بينا أنها تفسخ بالأعذار، وكونه سارقاً عذر ظاهر لأنه بسرقة الثمر أو السعف يلحقه ضرر وهو مدفوع شرعاً وكذا مرض العامل إذا كان يضعفه عن العمل، لأنه يلحقه ضرر بإلزامه استئجار الأجراء، ولو أراد العامل ترك العمل لا يمكن منه في الصحيح، وقيل: يمكن وقالوا: لا يمكن بالاتفاق، وتأويل قول من قال أنه يمكن أن لو شرط العمل عليه فيكون عذراً من جهة العامل، ومن دفع أرضاً بيضاء إلى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجراً أو كرماً أو نخلاً على أن تكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغارس نصفين لم يجز لاشتراط الشركة فيما كان موجوداً قبل الشركة لا بعمله وهي الأرض أو لأنه استأجر أجيراً ليجعل أرضه بستاناً بآلات الأجير على أن تكون أجرته نصف البستان الذي يظهر بعمله أو لأنه يكون في معنى قفيز الطحان فيفسد، كما إذا استأجر صباغاً ليصبغ له ثوباً بصبغ نفسه على أن له نصف المصبوغ، ولأن صاحب الأرض يكون مشترياً لنصف الغراس من العامل بنصف الأرض والغراس مجهول ومعدوم وقد شرط عليه

يرجعون بحصته اهـ كذا نقلته من خط البرهان الطرابلسي رحمه الله تعالى اهـ **قوله: (وهذا خلافة في حق مالي)** أي الخيار الثابت لورثة العامل وإنما قاله جواباً لسؤال مقدر بأن يقال خيار الشرط لا يورث عندكم لأنه عوض لا يقبل النقل فكيف يثبت هذا الخيار لهم فقال ليس هذا من باب توريث الخيار بل هذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الأشجار إلى أن تدرك فجاز اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (وتفسخ بالعذر)** ثم هل ينفرد صاحب العذر

العمل في نصيبه في المدة أيضاً وكل ذلك يوجب الفساد ثم جميع الثمر والغرس لرب الأرض وللعامل قيمة غرسه وأجر مثل عمله، لأن العقد في الشجر لما كان فاسداً وقد غرسه العامل بأمره في أرضه صار كأن صاحب الأرض فعل ذلك بنفسه فيصير قابضاً للغرس باتصاله بأرضه مستهلكاً له بالعلوق فيها فيجب عليه قيمة أشجاره وأجر مثل عمله، لأنه ابتغى لعمله أجراً وهو نصف الأرض أو نصف الخارج ولم يحصل له منه شيء فيجب عليه أجر مثله والله أعلم بالصواب.

بالفسخ أم يحتاج إلى قضاء القاضي فيه روايتان ذكرناهما في المزارعة وقد مرّ بيانهما مستقصى في كتاب الإجارة في باب فسخ الإجارة أيضاً اهـ غاية.

كتاب الذبائح

قال رحمه اللّه: (هي جمع ذبيحة وهي اسم لما يذبح) أي الذبائح جمع ذبيحة والذبيحة اسم للشيء المذبوح.

قال رحمه اللّه: (والذبح قطع الأوداج) لقوله عليه الصلاة والسلام: «**أفر الأوداج** بما شئت»[1] والمراد الحلقوم والمريء والودجان، وإنما عبر عنه بالأوداج تغليباً وبه يحل المذبوح وهو شرط لقول اللّه تعالى: ﴿إلا ما ذكيتم﴾ [المائدة:٣]، ولأن المحرّم هو الدم المسفوح وبالذبح يقع الميز بينه وبين اللحم فيطهر به وإن كان غير مأكول، ولفظة الذكاة تنبئ عن الطهارة، **ومنه قوله** ﷺ: «ذكاة الأرض يبسها أي طهارتها»[2]، وأصل تركيب التذكية يدل على التمام، ومنه ذكاء السن بالمد لنهاية الشباب، وذكا النار بالقصر لتمام اشتعالها وهي اختيارية واضطرارية، فالأولى: الجرح ما بين **اللبة واللحيين**، والثانية: الجرح في أي موضع كان من البدن، وهذا كالبدل عن الأول لأنه لا يصار إليه إلا عند العجز عنه وهو آية البدلية، وإنما كان كذلك، لأن الأول أبلغ في إخراج الدم من الثاني، فلا يترك إلا بالعجز عنه ويكتفي بالثاني

كتاب الذبائح

المناسبة بين الكتابين أن المزارعة إتلاف موجود في الحال وهو تبذير البذر لتحصيل النفع في المآل من الخارج، فكذا الذبح إتلاف الموجود في الحال لينتفع باللحم في المآل إلا أن الأول سبب لحصول أقوات الأناسي والبهائم وهذا سبب لحصول غذاء بعض الحيوانات، وكذا المساقاة لتحصيل الثمرات كما أن الذبائح لتحصيل اللحم اهـ مسكين. **قوله**: (**أفر الأوداج**) بالفاء من أفريت إذا قطعت اهـ عيني. **قوله**: (**ومنه قوله** ﷺ) قال الإتقاني: وفيه نظر لأنه من كلام محمد بن علي وهو محمد بن الحنفية لا من كلام النبي ﷺ وبه صرح في الفائق وفسره بقوله: أي إذا يبست من رطوبة النجاسة فذاك تطهيرها كما أن الذكاة تطهر الذبيحة وتطيبها، ثم قال وقيل: الذكاة الحياة من ذكت النار إذا حييت واشتعلت فكأن الأرض إذا نجست ماتت وإذا طهرت حييت إلى هنا لفظ الفائق اهـ إتقاني. **قوله**: (**اللبة واللحيين**) اللبة رأس الصدر واللحيان الذقن اهـ إتقاني. **قوله**:

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/١٨٥).

(٢) أخرجه البيهقي في سننه (٢/٤٢٩)، وذكره ابن حجر في التلخيص الحبير (١/٣٧).

للضرورة، لأن التكليف بحسب الوسع، **ومن شرطه أن يكون** الذابح صاحب ملة سماوية ثابتة حقيقة أو دعوى كالمسلم والكتابي ويشترط في حق الصيد أن يكون حلالاً وأن يكون في غير الحرم على ما نبينه إن شاء الله تعالى.

قال رحمه الله: (وحل ذبيحة مسلم وكتابي) لما تلونا فإنه عام فيدخل فيه المسلم والكافر إلا ما خرج منهم بدليل وهو المشرك والمحرم في حق الصيد والمرتد ولقوله تعالى: ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم﴾ [المائدة: ٥]، والمراد به مذكاهم لأن مطلق/ الطعام غير المذكى يحل من أي كافر كان ولا يشترط فيه أن [١٧٧ب/٣] يكون من أهل الكتاب ولا فرق في الكتابي بين أن يكون ذمياً أو حربياً، ويشترط أن لا يذكر فيه غير الله تعالى حتى لو ذكر الكتابي المسيح أو عزيزاً لا يحل لقوله تعالى: ﴿وما أهلّ به لغير الله﴾ [البقرة: ١٧٣]، وهو كالمسلم في ذلك فإنه لو أهل به لغير الله لا يحل.

قال رحمه الله: (**وصبي وامرأة وأخرس وأقلف**) والمراد بالصبي هو الذي يعقل

(**ومن شرطه أن يكون إلخ**) وأما شرط وقوع الذكاة ذكاة أربعة أشياء آلة جارحة بالإجماع لحديث إبراهيم النخعي قال: «إذا خزق المعراض فكل وإن لم يخزق فلا تأكل»[1]، والثاني: أن يكون الذابح ممن له ملة التوحيد وهو حلال في الحل إما دعوى واعتقاداً كالمسلم، أو دعوى كالكتابي، فإنه يدعي أنه صاحب ملة التوحيد بخلاف المجوسي، فإنه ليس له ملة التوحيد لا دعوى ولا اعتقاد، لأنه يقول بصانعين أحدهما خالق الخير وثانيهما خالق الشر، فلا تحل ذبيحته. والمحرم لا تحل ذبيحته، وكذا الحلال إذا كان في الحرم لا يحل ذبحه للصيد، والثالث: أن يكون المحل من المحللات إما من كل وجه كمأكول اللحم أو من وجه عندنا بأن كان مما يباح الانتفاع بجلده إن كان مما لايحل أكله، والرابع: التسميه وهي شرط عندنا خلافاً للشافعي، قال في الأجناس: يعتبر في حصول الذكاة أربع شرائط: أحدها: صفة في الفاعل بأن يكون معتقداً لكتاب منزل في دين يقر عليه، والثاني: صفة في الفعل وهو وجود ذكر اسم الله تعالى عليه في حق المذكى، والثالث: صفة الآلة بأن يكون ما يقطع له حدة، والرابع: صفة الموقع فيه وهو قطع الأوداج، والأوداج أربعة الحلقوم والمريء والودجان إلى هنا لفظ الأجناس، وحكم الذكاة حل أكل المذبوح فيما يؤكل وطهارة جلده إن كان مما لا يؤكل لحمه إلا الآدمي والخنزير فإنه لا تلحقهما الذكاة، وهذا لأن حكم الذكاة ما يثبت به والذي ثبت بالذكاة

---

(١) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد (٥٤٧٧)، ومسلم في الصيد والذبائح وما يؤكل لحمه (١٩٢٩)، والترمذي في الصيد (١٤٦٥)، والنسائي في الصيد والذبائح (٤٢٦٧)، وأبو داود في الصيد (٢٨٤٧).

التسمية ويضبط، وإن لم يعقل ولم يضبط لا تحل ذبيحته، لأن التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بالمعرفة والضبط وهو أن يعلم شرائط الذبح من فري الأوداج والتسمية، والمعتوه كالصبي إذا كان ضابطاً وهو الشرط، والقلفة والأنوثة لا تخل به فيحل، والأخرس عاجز عن الذكر فيكون معذوراً وتقوم الملة مقامه كالناسي بل أولى لأنه ألزم.

قال رحمه اللّه: (لا مجوسي ووثني ومرتد ومحرم وتارك اسم اللّه عمداً) أي لا تحل ذبيحة هؤلاء، أما المجوسي فلقوله عليه الصلاة والسلام: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب غيرنا كحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم»(١) ولأنه ليس له دين سماوي فانعدم التوحيد اعتقاداً ودعوى والوثني كالمجوسي فيما ذكرنا لأنه مشرك مثله، وأما المرتد فلأنه لا ملة له لأنه لا يقرّ على ما انتقل إليه، ولهذا لا يجوز نكاحه بخلاف اليهودي إذا تنصر أو بالعكس، أو تنصر المجوسي أو تهود لأنه يقر على ما انتقل إليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح فحسب لا ما قبله حتى لو تمجس اليهودي لا تحل ذكاته لما تلونا، والمتولد بين الكتابي والمشرك يعتبر الكتابي لأن المشرك شر فيعتبر الأخف، **وأما المحرم فالمراد به في حق الصيد**، لأن ذبيحته في غير الصيد تؤكل لأن فعله فيه مشروع بخلاف الصيد، لأن فعله فيه غير مشروع فلا يحل أكله، وكذا الحلال في حق الصيد في الحرم، لأنه منهي عنه فلا يكون مشروعاً، وكذا الكتابي لو ذبح صيداً في الحرم لا يحل، وأما تارك اسم اللّه عمداً فلقوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم اللّه عليه وإنه لفسق﴾ [الأنعام: ١٢١]، ولقوله ﷺ: «لعدي إذا

هذا اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**وصبي وامرأة وأخرس وأقلف**) بشرط أن يعلموا أن حل الذبيحة معلق بالتسمية وشرائط الذبح ويقدروا على فري الأوداج ويحسنوا القيام به، لأن التسمية شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا قاله باكير. وقال في الكافي: ويحل إذا كان يعقل التسمية أي يعلم أن حل الذبيحة يتعلق بها والذبحة أي شرائط الذبح من فري الأوداج ونحوه ويضبط أي يقدر على فري الأوداج ويحسن القيام به، وإن كان صبياً أو امرأة أو أخرس أو أقلف، أما إذا كان لا يعقل التسمية والذبحة ولا يضبط لا يحل، لأن التسمية على الذبيحة شرط لما يأتي بعده وذا بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا اهـ **قوله**: (**وأما المحرم إلخ**) وفي كفاية البيهقي أن ما ذبحه المحرم في الحل أو الحرم لا يؤكل وكذا ما ذبحه الحلال في الحرم لا يؤكل، وفي الملتقطات الحلال إذا ذبح صيداً في الحرم لا يؤكل اهـ **قوله**: (**فالمراد به في حق الصيد**) أي سواء كان في الحل أو في الحرم اهـ **قوله**:

---

(١) تقدم تخريجه.

أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم اللّه فكل»(١) الحديث، وقال الشافعي: إذا ترك الذابح التسمية عمداً تؤكل ذبيحته والمسلم والكتابي فيه سواء، وكذا إذا ترك التسمية عند الرمي وإرسال الجارح تؤكل عنده لقوله ﷺ: «المسلم يذبح على اسم اللّه تعالى سمى أو لم يسمّ»(٢)، ولحديث عائشة أنها قالت للنبي ﷺ: أن الأعراب يأتوننا بلحم فلا ندري أسموا عليها أو لم يسموا فقال عليه الصلاة والسلام: «سموا أنتم وكلوا»(٣)، ولو كانت شرطاً لما أمرها بالأكل مع الشك، ولأن التسمية لو كانت شرطاً لما سقطت بالنسيان كالطهارة في الصلاة، ولو كانت شرطاً قامت الملة مقامها كما في الناسي، ولنا ما تلونا وما روينا، وعلى حرمة متروك التسمية عمداً انعقد الإجماع فيمن كان قبل الشافعي، وهذا القول منه عد خرقاً له، وإنما كان الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسياً، فمن مذهب ابن عمر رضي اللّه عنه أنه يحرم، ومن مذهب علي وابن عباس أنه يحل، ولهذا قال أبو يوسف والمشايخ: أن متروك التسمية عمداً لا يسوغ فيه الاجتهاد حتى لو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ قضاؤه لكونه مخالفاً للإجماع وما رواه مخالف للدليل القطعي من الكتاب والسنة وإجماع الأمة، فكان مردوداً، أو نقول: الحديث الأول محمول على حالة النسيان والثاني دليل لنا لأنها سألت عن الأكل عند وقوع الشك في التسمية وذلك دليل على أنهم لا يأكلونه إلا إذا سمى عليه وهي شرط فيه، وإنما أمرها بالأكل بناء على الظاهر أنه لا يترك ظاهراً كمن اشترى شيئاً جاز له الانتفاع به بناء على الظاهر أنه ملكه.

قال رحمه اللّه: (وحل لو ناسياً/) أي حل المذكى إن ترك التسمية ناسياً، [١٧٨ أ/٣] وقال مالك: لا يحل لما بينا من الأدلة إذ لا فصل فيها، قلنا: النسيان مرفوع حكمه بقوله عليه الصلاة والسلام: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»(٤)، ولأن في اعتباره حرجاً بينا والحرج مدفوع بالنص، وإنما قلنا ذلك لأن الإنسان كثير النسيان فيعذر في الأشياء التي لا مذكر لها من جهة حاله كالأكل في الصوم وترك الترتيب في قضاء الفوائت من الصلوات، بخلاف الأكل وغيره في الصلاة والجماع في

(لعدي) أي ابن حاتم الطائي اهـ

---

(١) أخرجه مسلم في الصيد والذبائح (١٩٢٩)، والترمذي في الصيد (١٤٧٠)، والنسائي في الصيد والذبائح (٤٢٦٥)، وأبو داود في الصيد (٢٨٤٨).

(٢) أخرجه ابن حجر في التلخيص الحبير (٤/١٣٧)، والزيلعي في نصب الراية (٤/١٨٢).

(٣) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد (٥٥٠٧)، والنسائي في الضحايا (٤٤٣٦) واللفظ له، وأبو دادو في الضحايا (٢٨٢٩)، وابن ماجه في الذبائح (٣١٧٤).

(٤) تقدم تخريجه.

الحج حيث لا يختلف فيه بين الناسي والعامد، لأنه حالة مذكرة **والنص** غير مجري على إطلاقه إذ لو أريد به مطلقاً لجرت المحاجة بين السلف وظهر الإنقياد وارتفع الخلاف بينهم **وإقامة الملة** مقام التسمية في حق الناسي وهو معذور لا يدل على الإقامة في حق العامد ولا عذر له، والناسي ليس بمخصوص حتى يقاس عليه غيره ويخص بالقياس لأنه ذاكر ومسمّ تقدير القيام الملة مقامها، ولا يقال أن الآية مجملة لأنه لا يدري هل أريد بها حال الذبح أو الطبخ أو حالة الأكل، لأنا نقول: أجمع السلف على أن المراد بها حالة الذبح فتكون مفسرة فتم الاحتجاج بها، ألا ترى أن ذبيحة المجوسي لا تؤكل وذبيحة الكتابي تؤكل وليس بينهما فرق يعقل إلا أن الكتابي يسمي عند الذبح دون المجوسي، ثم التسمية في ذكاة الاختيار يشترط أن تكون عند الذبح قاصداً التسمية على الذبيحة، ولو سمى ولم تحضره النية صح لأنه أتى بالتسمية وظاهر حاله يدل على أنه قصد به التسمية على الذبيحة فيقع عنها، ولو سمى وأراد به التسمية لابتداء الفعل كسائر الأفعال لا يحل كمن قال اللّه أكبر وأراد به متابعة المؤذن لا يصير شارعاً في الصلاة، وتشترط التسمية حالة الذبح لقوله تعالى: ﴿فاذكروا اسم اللّه عليها صواف﴾ [الحج: ٣٦]، وهي حالة النحر ويدل عليه قوله تعالى: ﴿فإذا وجبت جنوبها فكلوا منها﴾ [الحج: ٣٦]، والمعتبر أن يذبح عقيب التسمية قبل أن يتبدل المجلس حتى إذا سمى واشتغل بعمل آخر من كلام قليل أو شرب ماء أو أكل لقمة أو تحديد شفرة ثم ذبح تحل وإن كان كثيراً لا تحل، لأن إيقاع الذبح متصلاً بالتسمية بحيث لا يتخلل بينهما شيء لا يمكن إلا بحرج عظيم فأقيم المجلس مقام الاتصال والعمل القليل لا يقطع المجلس والكثير يقطع وهي على الذبيحة، وفي الصيد يشترط عند إرسال الجارح أو الرمي **وهي على الآلة**، لأن التكليف بحسب الوسع والذي في وسعه في الأول الذبح، وفي الثاني الرمي

قوله: (والنص) أي وهو قوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم اللّه عليه﴾ [الأنعام: ١٢١] ليس المراد منه العموم ظاهراً، ولهذا اختلفت الصحابة في متروك التسمية ناسياً ولم يحتج من قال بحرمته بالآية فلو جرت المحاجة بها لارتفع الخلاف بينهم فيه وظهر انقياد من قال بحل متروك التسمية ناسياً ورجع عن قوله، وحيث لم تجر المحاجة ولم يرتفع الخلاف علم أن الآية متروك الظاهر وليس المراد منه النسيان بل المراد منه العمد اهـ إتقاني. **قوله: (وإقامة الملة إلخ)** جواب عن قول الشافعي حيث يقول: أقيمت الملة مقام التسمية في حق الناسي فينبغي أن تقام الملة مقامها أيضاً في حق العامد فقال: الناسي معذور، لأن النسيان من قبل من له الحق فأقام الملة مقام التسمية فجعله عفواً، والعامد ليس بمعذور فلا يقاس على الناسي لأنه ليس في معناه اهـ **قوله: (وهي)** أي التسمية اهـ

والإرسال دون الإصابة فيشترط عند فعل يقدر عليه حتى لو أضجع شاة وسمى ثم تركها وذبح غيرها بالسكين الذي كان معه ولم يسم عليها لا يحل، ولو رمى إلى صيد وسمى فأصاب صيداً آخر حل، وكذا إذا أرسل كلبه إلى صيد فترك الكلب ذلك الصيد فأخذ غيره حل لتعلق التسمية بالآلة، ولو أضجع شاة وسمى وطرح السكين وأخذ سكيناً آخر فذبحها به ولم يسم حلت **لتعلقه بالمذبوح**، ولو سمى على سهم فتركه وأخذ غيره فرمى به **لم يؤكل** لما ذكرنا، ولو سمى فذبح شاتين على التعاقب حلت الأولى دون الثانية، ولو أضجع إحداهما فوق الأخرى فذبحهما دفعة واحدة بسكين واحدة وتسمية واحدة حل أكلهما.

قال رحمه اللّه: (وكره أن يذكر مع اسم اللّه غيره وأن يقول عند الذبح: اللهم تقبل من فلان وإن قال قبل التسمية والإضجاع جاز) وهذا النوع على ثلاثة أوجه: أحدها: أن يذكره موصولاً من غير عطف فيكره ولا تحرم الذبيحة مثل أن يقول: باسم اللّه محمد رسول اللّه بالرفع، لأن اسم الرسول غير مذكور على سبيل العطف فيكون مبتدأ لكن يكره لوجود الوصل صورة، وإن قال بالخفض لا يحل ذكره في النوازل، وقال بعضهم: هذا إذا كان يعرف النحو والأوجه أن لا يعتبر الإعراب **بل يحرم مطلقاً**/ [١٧٨ ب/٣] **بالعطف**، لأن كلام الناس اليوم لا يجري عليه، ومن هذا النوع أن يقول: اللّهم تقبل من فلان لأن الشركة لم توجد ولم يكن الذبح واقعاً عليه، ولكن يكره لما ذكرنا، والثاني: أن يذكر موصولاً على سبيل العطف والشركة نحو أن يقول: باسم اللّه واسم فلان أو باسم اللّه وفلان أو باسم اللّه ومحمد رسول اللّه بالجر فتحرم الذبيحة، لأنه أهل به لغير اللّه تعالى، وقد قال تعالى: ﴿وما أهل به لغير اللّه﴾ [البقرة:١٧٣]، **وقال عليه الصلاة والسلام**: «**موطنان لا أذكر فيهما** عند العطاس وعند الذبح»، ولو رفع المعطوف على اسم اللّه يحل، لأنه مبتدأ **واختلفوا في النصب** ويكره فيهما بالاتفاق

قوله: (**وهي على الآلة**) قال في الهداية: ثم التسمية في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهو على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الإرسال والرمي وهي على الآلة، قال الإتقاني: أي التسمية في ذكاة الاختيار تقع على الذبيح، وفي الصيد تقع على الآلة وهي النشاب والكلب وفائدة هذا تظهر في مسائل ذكرها بعد هذا. **قوله**: (**لا يحل**) أي لأن التسمية على الذبيحة على الحز نفسه وليس على أخذ السكين اهـ **قوله**: (**لتعلقه بالمذبوح**) أي وهو لم يتبدّل اهـ **قوله**: (**لم يؤكل**) أي لأن التسمية على الآلة وقد تبدلت اهـ **قوله**: (**بل يحرم مطلقاً بالعطف**) هكذا هو في جميع ما وقفت عليه من النسخ وهو غير ظاهر، لأن الكلام فيما إذا لم يكن هناك عطف والظاهر أن يقال: بل لا يحرم مطلقاً بدون العطف فتنبه. **قوله**: (**قال ﷺ موطنان لا أذكر فيهما إلخ**) فإذا قال: باسم اللّه ومحمد رسول اللّه صار الذبح ميتة اهـ إتقاني. **قوله**: (**واختلفوا في النصب**) وفي روضة الزندويستي النصب كالخفض لا يحل ولو

لوجود الوصل صورة، والثالث: أن يقول مفصولاً عنه صورة ومعنى بأن يقول قبل أن يضجع الشاة أو قبل التسمية أو بعد الذبح: اللّهم تقبل هذا مني أو من فلان، وهذا لا يكره لما روي أنه ﷺ قال بعد الذبح: «اللّهم تقبل هذا عن أمة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ»[١]، وكان عليه الصلاة والسلام يقول إذا أراد أن يذبح: «اللّهم هذا منك ولك إن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي للّه رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا أول المسلمين باسم اللّه واللّه أكبر ثم ذبح»[٢]، وهكذا روي عن علي كرم اللّه وجهه والشرط هو الذكر الخالص على ما قال ابن مسعود رضي اللّه عنه: **جردوا التسمية** حتى لو قال عند الذبح: اللّهم اغفرلي واكتفى به لا يحل لأنه دعاء وسؤال، ولو قال: الحمد للّه **أو سبحان اللّه يريد به التسمية حل**، ولو عطس عند الذبح فقال: الحمد للّه لا يحل في الأصح، لأنه يريد الحمد على النعمة دون التسمية بخلاف الخطبة حيث يجزئه ذلك عن الخطبة لأن المذكور فيها ذكر اللّه تعالى مطلقاً بقوله تعالى: ﴿فاسعوا إلى ذكر اللّه﴾ [الجمعة:٩]، وفي الذبيحة المأمور به هو الذكر على المذبوح بقوله تعالى: ﴿فاذكروا اسم اللّه عليها صواف﴾ [الحج: ٣٦]،

قال: باسم اللّه صلى اللّه على محمد يحل والأولى أن لا يفعل، ولو قال: باسم اللّه وصلى اللّه على محمد مع الواو يحل أكله. ولو ذبح ولم يظهر الهاء في بسم اللّه إن قصد ذكر اللّه يحل وإن لم يقصد وقصد ترك الهاء لا يحل كذا في خلاصة الفتاوى اهـ إتقاني. **قوله: (جردوا التسمية)** عند الذبح اهـ إتقاني. **قوله: (أو سبحان اللّه)** أو اللّه أكبر اهـ **قوله: (يريد به التسمية حل)** قال الولوالجي: ولو قال: مقام التسمية الحمد للّه أو سبحان اللّه يريد به التسمية أجزاه وإن أراد التحميد ولم يرد التسمية لم يحل، وكذلك لو قال: واللّه أكبر لأن هذه الألفاظ ليست بصريحة في باب التسمية، إنما الصريح باسم اللّه فكأن هذه الألفاظ كناية، والكناية إنما تقوم مقام الصريح بالنية كما في باب الطلاق حتى إذا عطس فقال: الحمد للّه يريد التحميد على العطاس وذبح لم يحل لأنه لم توجد النية اهـ وكتب ما نصه: قال محمد في الأصل: أرأيت رجلاً ذبح فقال: الحمد للّه على ذبيحته، ولم يزد على ذلك أو قال: اللّه أكبر أو سبحان اللّه، قال: إن كان يريد بذلك التسمية فإنه يؤكل، قال شيخ الإسلام خواهر زاده في شرحه: وهذا لأن هذه الألفاظ ليست بصريح في باب التسمية والصريح في باب التسمية اسم اللّه وإذا لم تكن هذه الألفاظ صريحة في الباب كانت كناية والكناية إنما تقوم مقام الصريح بالنية كما في كنايات الطلاق إن نوى الطلاق كان طلاقاً

---

(١) أخرجه الحاكم في مستدركه (٣/١٦٣).

(٢) أخرجه أبو داود في الضحايا (٢٧٩٥) واللفظ له، وابن ماجه في الأضاحي في (٣١٢١)، وأحمد في مسنده (١٤٦٠٤)، والدارمي في الأضاحي (١٩٤٦).

وما لم يذكر اسم اللّه عليه منهي عن أكله بقوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم اللّه عليه﴾ [الأنعام: ١٢١]، وما تداولته الألسن عند الذبح وهو قوله: باسم اللّه واللّه أكبر منقول عن النبي ﷺ، وعن علي وابن عباس مثله، قاله ابن عباس في تفسير قوله تعالى: ﴿فاذكروا اسم اللّه عليها صواف﴾، وذكر الحلواني المستحب أن يقول: باسم اللّه اللّه أكبر بلا واو وبالواو يكره، **لأنه يقطع فور التسمية**.

قال رحمه اللّه: (والذبح بين الحلق واللبة) وفي الجامع لا بأس بالذبح في الحلق كله وسطه وأعلاه وأسفله، والأصل فيه ما روي أنه عليه الصلاة والسلام بعث منادياً ينادي في فجاج منى ألا إن الذكاة في الحلق الحديث رواه الدارقطني، ولأنه مجمع مجرى النفس ومجرى الطعام ومجمع العروق فيحصل بقطعه المقصود على أبلغ الوجوه وهو إنهار الدم، والتقييد بالحلق واللبة يفيد أنه لو ذبح أعلى من الحلقوم أو أسفل منه يحرم، لأنه ذبح في غير المذبح ذكره في الواقعات وفي فتاوى سمرقند، وذكر في النهاية ما يخالف هذا عن الإمام الرستغفني فإنه قال: سئل عمن ذبح شاة فبقيت عقدة الحلقوم مما يلي الصدر وكان يجب أن تبقى مما يلي الرأس أتؤكل أم لا قال: هذا قول العوام من الناس وليس هذا بمعتبر ويجوز أكلها سواء بقيت العقدة مما يلي الرأس **أو مما يلي الصدر** لأن المعتبر عندنا قطع أكثر الأوداج وقد وجد، **ثم حكى** أن شيخه كان يفتي به وهذا مشكل فإنه لم يوجد فيه قطع الحلقوم ولا المريء،

وإلا فلا فكذا هذا. وقال الكرخي في مختصره وقال بشر عن أبي يوسف: لو أن رجلاً سمى على ذبيحته أو الرمية بالفارسية وهو يحسن العربية أو لا يحسنها أجزأه ذلك من التسمية، ثم قال: فيه التهليل والتحميد والتكبير والتسبيح بمنزلة التسمية للجاهل بالسنة والعالم بها إلى هنا لفظ الكرخي، وذلك لأن المأمور به ذكر اللّه على وجه التعظيم وهذا موجود في جميع هذه الألفاظ وهذا ظاهر على أصل أبي حنيفة ومحمد في تكبير الصلاة، وأما على قول أبي يوسف: فلا يجوز الدخول في الصلاة إلا بالتكبير لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث الأعرابي: «ثم تكبر»، وقال في الذكاة: «إذا أرسلت كلبك وذكرت اسم اللّه عليه فكل»[(١)] فظهر الفرق اهـ إتقاني. **قوله: (لأنه يقطع فور التسمية)** قال الإتقاني رحمه اللّه عند قوله في الهداية: وما تداولته الألسن عند الذبح ما نصه، وقال صاحب الذخيرة قال البقالي: والمستحب أن يقول: باسم اللّه واللّه أكبر يعني بالواو ثم قال: وذكر شمس الأئمة الحلواني: والمستحب أن يقول: باسم اللّه اللّه أكبر بدون الواو، لأن الواو تقطع فور التسمية وفيه نظر اهـ وكتب ما نصه: قال العيني رحمه اللّه: قلت إن كان المنقول بالواو فلا يكره اهـ **قوله: (مما يلي الصدر)** يعني أن الذبح وقع فوق العقدة اهـ **قوله: (ثم حكى)** أي

---

(١) تقدم تخريجه.

وأصحابنا رحمهم اللّه، وإن اشترطوا قطع الأكثر فلا بد من قطع أحدهما عند الكل وإذا لم يبق شيء من عقدة الحلقوم مما يلي الرأس لم يحصل قطع واحد منهما **فلا يؤكل بالإجماع**، وفي الواقعات لو قطع الأعلى أو الأسفل ثم علم فقطع مرة أخرى الحلقوم قبل أن يموت بالأول ينظر فإن كان قطع بتمامه لا يحل لأن موته بالأول أسرع منه بالقطع الثاني والأحل، **وذكر في فتاوى سمرقند قصاب ذبح** الشاة فيَ ليلة/ مظلمة [١٧٩/أ ٣/] فقطع أعلى من اللحقوم أو أسفل منه يحرم أكلها.

قال رحمه اللّه: (والمذبح المريء والحلقوم والودجان) لما روي أنه ﷺ قال:

صاحب النهاية اهـ **قوله: (وهذا مشكل إلخ)** قال الجلال الخبازي رحمه اللّه عند قوله في الهداية: الذبح بين الحلق واللبة يعني محله وفيه دليل على أن أعلى الحلق ووسطه وأسفله في ذلك سواء كما هو رواية الجامع الصغير، إلا أن رواية الجامع تدل على أن الذبح فوق الحلق قبل العقدة لا يجوز لأنه جعل الحلق محلاً للذبح وأنه ينتهي بالعقدة وهكذا روي في الفتاوى ووضع الأصل يقتضي الحل لأنه بين اللبة واللحيين، وإن كان فوق العقدة إلا أن شمس الأئمة السرخسي فسر رواية الأصل على نحو ما ذكر في الجامع فكان المراد بما أطلق في الأصل المقيد في الجامع اهـ وهو يؤيد ما ذكره الشارح رحمه اللّه من عدم الجواز اهـ **قوله: (فلا يؤكل بالإجماع)** قال الإتقاني رحمه اللّه: بعد حكاية قول الرستغفني ويجوز أكلها سواء بقيت العقدة مما يلي الرأس أو مما يلي الصدر، وإنما المعتبر عندنا قطع أكثر الأوداج ما نصه: وهذا صحيح لأنه لا اعتبار لكون العقدة من فوق أو من تحت، ألا ترى إلى قوله محمد بن الحسن في الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الحلق كله أسفل الحلق أو وسطه أو أعلاه فإذا ذبح في الأعلى لا بد أن تبقى العقدة من تحت ولم يلتفت إلى العقدة لا في كلام اللّه ولا في كلام رسوله بل الذكاة بين اللبة واللحيين بالحديث وقد حصلت لا سيما على مذهب أبي حنيفة رضي اللّه عنه، فإنه يكتفي بالثلاث من الأربع أي ثلاث كانت ويجوز ترك الحلقوم أصلاً فبالطريق الأولى أن يحل الذبيح إذا قطع الحلقوم وبقيت العقدة إلى أسفل الحلقوم، وبلغنا أن واحداً ممن يتسمى فقيهاً في زعم العوام وقد كان مشتهراً بينهم أمر برمي الذبيح إلى الكلاب حيث بقيت العقدة إلى الصدر لا إلى ما يلي الرأس فياليت شعري ممن أخذ هذا أمن كتاب اللّه ولا أثر له فيه، أو من حديث رسول اللّه ولم يسمع له فيه نبأ أو من إجماع الأمة ولم يقل به أحد من الصحابة والتابعين، أو من إمامه الذي هو أبو حنيفة ولم ينقل عنه ذلك أصلاً بل المنقول عنه وعن أصحابه ما ذكرناه أو ارتكب الرجل هواه فضل وأضل، قال تعالى: ﴿ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل اللّه﴾ [ص:٢٦]، واستحى عن الرجوع عن الباطل إلى الحق وخجل من العوام كي لا يفسد اعتقادهم فيه إذا عمل بخلاف ما أفتى أولاً، فالرجوع إلى الحق خير من التمادي في الباطل اهـ ما قاله الإتقاني وهو صريح في مخالفة ما ذهب إليه الشارح الزيلعي

أفر الأوداج بما شئت»(١)، وهي عروق الحلق في المذبح والمريء مجرى الطعام والشراب والحلقوم مجرى النفس، والمراد بالأوداج كلها وأطلق عليه تغليباً، وإنما قلنا ذلك لأن المقصود يحصل بقطعهن **وهو التوحية** وإخراج الدم لأنه بقطع المريء والحلقوم يحصل التوحية وبقطع الودجين يحصل إنهار الدم، ولو قطع الأوداج وهي العروق من غير قطع المريء والحلقوم لا يموت فضلاً عن التوحية فلا بدّ من قطعهما أو قطع أحدهما ليحصل التوحية ولا بد من قطع الودجين أو أحدهما ليحصل إنها الدم.

قال رحمه الله: (وقطع الثلاث كاف **ولو بظفر** وقرن وعظم وسن منزوع وليطة ومروة وما أنهر الدم إلا سناً وظفراً قائمين) وهذا الاكتفاء بالثلاث مطلقاً قول أبي حنيفة رحمه الله **وهو قول أبي يوسف أولاً**، وعن أبي يوسف أنه يشترط قطع الحلقوم

رحمه الله. **قوله: (وذكر في فتاوى سمرقند قصاب ذبح إلخ)** قال الشيخ مسكين: وفي ذبائح الذخيرة فإن الذبح إذا وقع أعلى من الحلقوم أو أسفل منه لا يحل اهـ **قوله: (وهو التوحية)** هي بالحاء المهملة تفعلة من وحاه إذا عجله اهـ غاية. **قوله في المتن: (ولو بظفر إلخ)** قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يذبح الشاة بظفر منزوع أو بقرن أو عظم أو سن منزوعة فينهر الدم ويفري الأوداج: قال أكره هذا وإن فعل فلا بأس بأكله إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير اهـ غاية. **قوله: (وهو قول أبي يوسف أولاً)** قال الكرخي في مختصره: والذكاة في اللبة وما فوق ذلك أي اللحيين، وقال محمد في الجامع الصغير: لا بأس بالذبح في الحلق كله أسفل الحلق أو وسطه أو أعلاه، فإذا كانت الذكاة في هذه المواضع التي وصفنا مقدوراً عليها وهي فري الأوداج، والأوداج أربعة الحلقوم والمريء والعرقان اللذان بينهما الحلقوم والمريء، فإذا فرى المذكى ذلك أجمع فقد أكمل الذكاة وأصاب الذكاة المأمور بها على تمامها وسنتها، فإن قصر عن ذلك ففرى من هذه الأربعة ثلاثة، فإن بشر بن الوليد روى عن أبي يوسف أن أبا حنيفة قال: إذا قطع أكثر الأوداج أكل إذا قطع ثلاثة منها من أي جانب كان وعلى أي وجه كان، وكذلك قال أبو يوسف، ثم قال بعد ذلك: لا تأكل حتى تقطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين وذلك كله سواء في الإبل والبقر والغنم والصيد وكل ذبيحة. قال وكذلك الناقة ينحرها الرجل فهي كذلك في القولين جميعاً في قول أبي حنيفة إذا قطع أكثر الأوداج أكل، وفي قول أبي يوسف: حتى يقطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين إلى هنا لفظ الكرخي في مختصره، ولم يذكر قول محمد وذكر القدوري في مختصره: قول محمد كقول أبي يوسف، وقال الناطفي في الأجناس: وأما محمد فقد ذكر في إملائه رواية أبي سليمان الجوزجاني، قال

---

(١) تقدم تخريجه.

والمريء وأحد الودجين، وعن محمد لا بد من قطع أكثر كل واحد من هذه الأربعة وأجمعوا على أنه يكتفى بقطع الأكثر من هذه العروق الأربعة لأن الأكثر يقوم مقام الكل غير أن محمداً اعتبر أكثر كل واحد من هذه الأربعة وهو رواية عن أبي حنيفة، لأن كل واحد منها أصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولوورد الأمر بفريه فيعتبر أكثر كل واحد منها، وأبو يوسف رحمه الله يقول: أن المقصود من قطع الودجين إنهار الدم فينوب أحدهما عن الآخر إذ كل واحد منهما مجرى الدم فأما الحلقوم والمريء فمخالفان للأوداج، وكل واحد منهما يخالف الآخر فلا بد من قطعهما، وأبو حنيفة رحمه الله يقول: أن الأكثر يقوم مقام الكل وأي ثلاث منها قطع فقد قطع الأكثر وما هو المقصود منه يحصل به وهو إنهار الدم المسفوح والتوحية في إخراج الروح، لأنه لا يحيا بعد قطع المريء والحلقوم، ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفى بالأكثر أيها كانت فلا حاجة إلى اشتراط قطع المعين منها، وقال الشافعي: يكتفى بقطع الحلقوم والمريء، وقال مالك: لا بد من قطع الأربعة والحجة عليهما ما روينا فإن فيه ذكر الأوداج بلفظ الجمع والثلاثة جمع فلا معنى لاشتراط الكل ولا للاقتصار على ما دون الثلاث، وقوله: ولو بظفر وقرن وسن مذهبنا، وقال الشافعي: المذبوح بهذه الأشياء ميتة لا يحل أكلها **لقوله ﷺ**: «**كل ما أنهر الدم وأفرى الأوداج** ما خلا الظفر والسن **فإنها مدي الحبشة**»(١)، ولأنه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما إذا ذبح بغير

محمد: لو قطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين ونصف الآخر، لأن الودجين كأنهما شيء واحد فقد قطع الأكثر منهما فأكل، وقال محمد في نوادر ابن رستم: لو قطع من الحلقوم أكثره ومن المريء أكثره ومن كل واحد من الودجين أكثره أكل، وأما أبو يوسف فقال: أخيراً لا يؤكل حتى يقطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين إلى هنا لفظ الأجناس، والحاصل أن عند أبي حنيفة إذا قطع ثلاثاً منها أي ثلاث كانت حل وعن أبي يوسف ثلاث روايات إحداها هذه والثانية: اشترط قطع الحلقوم مع آخرين، والثالثة: اشترط قطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين، وعند محمد: لا بد من قطع أكثر كل واحد من هذه الأربعة، كذا في المختلف اهـ إتقاني رحمه الله. (فرع غريب) ذكر الإتقاني رحمه الله في كتاب الجنايات عند قوله في الهداية: وشبه العمد إلخ، أن النار يقع بها الذكاة لو جعلت على موضع الذبح فقطعت الحلقوم والودجين حل الأكل ذكره القدوري في شرحه اهـ ما قاله الإتقاني في شرح الهداية، وعلى الهامش حاشية منقولة من خطه نصها: وهذه الرواية خلاف ما ذكر في أصول شمس الأئمة وأصول فخر الإسلام أن الذكاة لا تقع بالنار ذكره في باب دلالة النص اهـ **قوله**: (**لقوله ﷺ**) أي حين سئل عن أمر الذبح. **قوله**: (**كل ما أنهر الدم**

---

(١) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٤/ ٢٦٩).

المنزوع، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «أنهر الدم»(١)، ويُروى: «أفر الأوداج بما شئت»(٢)، وما رواه محمول على غير المنزوع فإن الحبشة كانوا يفعلون ذلك إظهاراً للجلد، ولأنها آلة جارحة فيحصل بها ما هو المقصود وهو إخراج الدم فصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع، فإنه يقتل بالثقل فيكون في معنى الموقوذة، وإنما يكره لأن فيه زيادة الألم وقد نهينا عنه وأمرنا بضدّه، وقوله: وليطة ومروة وما أنهر الدم لما روي عن عدي بن حاتم قال: «قلت يا رسول اللّه إنا نصيب الصيد فلا نجد سكيناً إلا الظراراً وشقة العصا، فقال رسول اللّه ﷺ: «أفر الأوداج بما شئت واذكر اللّه»(٣) رواه البخاري ومسلم وغيرهما، **وأما الظفر القائم والسن القائم**، فلما روي عن رافع بن خديج أنه قال قلت: يا رسول اللّه نلقى العدو غداً وليس معنا مدي، فقال عليه الصلاة والسلام: «ما أنهر الدم وذكر اسم اللّه عليه فكلوا ما لم يكن سناً أو ظفراً وسأحدثكم عن ذلك أما السن فعظم وأما الظفر فمدي الحبشة»(٤) رواه البخاري ومسلم، وتأويله إذا كان قائماً على ما بينا، ألا ترى إلى قوله عليه الصلاة والسلام أما الظفر فمدي الحبشة / وهم كانوا يذبحون بالقائم منه. [١٧٩ب/٣]

قال رحمه اللّه: (وندب حد الشفرة) لقوله ﷺ: «إن اللّه كتب الإحسان على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة **وليحدّ أحدكم شفرته وليرح ذبيحته**»(٥) رواه مسلم وأحمد وغيرهما، ويكره أن يضجعها ثم يحد الشفرة لما روي أنه عليه الصلاة والسلام رأى رجلاً أضجع شاة وهو يحد شفرته فقال له: «لقد أردت أن تميتها موتات هلا حددتها قبل أن تضجعها»(٦).

وأفرى الأوداج) أنهر الدم أي سيله وأفرى الأوداج أي قطعها اهـ غاية. **قوله: (فإنها مدي الحبشة)** لأنهم لا يقلمون الأظفار ويحدّدون الأسنان ويقاتلون بالخدش والعض اهـ غاية. والمدي جمع مدية وهي السكين اهـ إتقاني. **قوله: (وأما الظفر القائم والسن القائم)** قال الولوالجي: ولا يحل كل ذبح بسن أو ظفر غير منزوع لأنه قاتل وليس بذابح اهـ **قوله: (وليحد أحدكم شفرته وليرح)** أي ليعطها الراحة بالإسراع اهـ قال الإتقاني: والشفرة السكين

---

(١) سيأتي تخريجه.
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) أخرجه النسائي في الضحايا (٢٨٢٤)، وأبو داود في الضحايا (٢٨٢٤) بلفظ «أمرر الدم».
(٤) أخرجه البخاري في الشركة (٢٤٨٨)، ومسلم في الأضاحي (١٩٦٨).
(٥) أخرجه مسلم في الصيد والذبائح وما يؤكل من الحيوان (١٩٥٥)، والترمذي في الديات (١٤٠٩)، والنسائي في الضحايا (٤٤٠٥)، وأبو داود في الضحايا (٢٨١٥).
(٦) أخرجه الحاكم في مستدركه (٤/ ٢٦٠).

قال رحمه الله: (وكره النخع وقطع الرأس والذبح من القفا) والنخع **هو أن يصل إلى النخاع** وهو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة، وإنما كره ذلك لنهيه عليه الصلاة والسلام: «عن نخع الشاة إذا ذبحت»[1] وتفسيره ما ذكرنا، وقيل: أن يمد رأسها حتى يظهر مذبحها، وقيل: أن يكسر رقبتها قبل أن تسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه، لأن في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فلائدة، **ويكره أن يجرّ ما يريد ذبحه إلى المذبح** وأن يسلخ قبل أن يبرد لما ذكرنا وتؤكل في جميع ذلك، لأن الكراهية لمعنى زائد وهي زيادة الألم فلا يوجب الحرمة، **وكذا لو ذبحها متوجهة لغير القبلة** يكره وتؤكل، لأن السنة في الذبح أن يستقبل بها القبلة هكذا روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ «استقبل في أضحيته القبلة لما أراد ذبحها»، **وفي الذبح من القفا زيادة ألم فيكره**، وتحل إذا بقيت حية حتى تقطع العروق لتحقق الموت بما هو ذكاة، وإن ماتت قبل قطع العروق لا تؤكل لوجود الموت بما ليس بذكاة.

قال رحمه الله: (وذبح صيد استأنس وجرح نعم توحش أو تردّى في بئر) لأن

العظيمة اهـ **قوله: (هو أن يصل إلى النخاع)** قال الأكمل: والنخاع بالكسر والفتح والضم لغة فيها فسره المصنف بأنه عرق أبيض في عظم الرقبة ونسبه صاحب النهاية إلى السهو، وقال: هو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد إلى الصلب ورد بأن بدن الحيوان مركب من عظام وأعصاب وعروق وأوتار وماثمة شيء يسمى بالخيط أصلاً اهـ قوله فسره المصنف أي صاحب الهداية اهـ **قوله: (ويكره أن يجر ما يريد ذبحه إلى المذبح)** قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره: وإذا أراد الرجل أن يذبح الذبيحة كره له أن يجرها بجلدها إلى المذبح أو أن يضجعها ثم يحدّ الشفرة إلى هنا لفظه، وذلك لأن الجر زيادة ألم لا يحتاج إليه في الذكاة اهـ إتقاني. **قوله: (وكذا لو ذبحها متوجهة لغير القبلة إلخ)** قال في الأصل: أرأيت الرجل يذبح ويسمي ويوجه ذبيحته إلى غير القبلة متعمداً أو غير متعمد قال: لا بأس بأكلها، قال خواهر زاده في شرح المبسوط: أما الحل فلأن الإباحة شرعاً متعلقة بقطع الأوداج والتسمية وقد وجد، وتوجيه القبلة سنة مؤكدة لأنه توارثه الناس وترك السنة لا يوجب الحرمة، ولكن يكره تركه من غير عذر اهـ إتقاني. **قوله: (وفي الذبح من القفا زيادة ألم)** قال الكرخي في مختصره وقال أبو حنيفة: إن ضرب عنق جزور بسيف فأبانها وسمى فإن كان ضرباً من قبل الحلقوم فإنه يؤكل وقد أساء وإن كان ضرباً من قبل الظهر فإن كان قطع الحلقوم والأوداج قبل أن تموت أكل وقد أساء، وكذلك هذا في الشاة وكل ذبيحة، وقال أبو حنيفة: إن قطع رأس الشاة في الذبيحة أكل وإن تعمد ذلك فقد أساء في التعمد،

---

(١) ذكره ابن الأثير في النهاية في غريب الأثر (٥/٣٣).

ذكاة الاضطرار لا يصار إليه إلا عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مرّ ولم يتحقق العجز فيما استأنس من الصيد وتحقق فيما توحش من النعم، وكذا فيما تردى في بئر ووقع العجز عن ذكاته فجرحه فمات من الجرح وعلم ذلك يؤكل، وإن علم أنه لم يمت من الجرح لا يؤكل، وإن أشكل ذلك أكل لأن الظاهر أن الموت منه وكذا الدجاجة إذا تعلقت على شجرة وخيف فوتها صار ذكاتها الجرح، وفي الكتاب أطلق فيما توحش من النعم وكذا فيما تردى، **وعن محمد** أن الشاة إذا **ندّت** في المصر لا تحل بالعقر لأنها لا تدفع عن نفسها فيمكن أخذها، وإن ندت في الصحراء تحل بالعقر لتحقق العجز عن ذكاة الاختيار وفي البقر والإبل يتحقق العجز في الصحراء والمصر فتحل بالعقر والصيال كالندود إذا كان لا يقدر على أخذه حتى لو قتله

وكذلك قال أبو يوسف إلى هنا لفظ الكرخي، وذلك لأنه إذا ضربها من قبل الحلقوم فقد قطع العروق المشروطة في الذكاة وزاد في ألمها زيادة لا يحتاج إليها في الذكاة فيكره ذلك ولا يمنع الأكل كما لو جرحها، فأما إذا ضربها من وراء ظهرها فإن هي ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل لأنها ماتت قبل الذكاة وإن قطع العروق قبل موتها فقد فعل الشرط إلا أنه زاد في ألمها وذلك مكروه، وقال الشيخ علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي وقال الفقيه أبو بكر الأعمش: وهذا إنما يستقيم أن لو كانت تعيش قبل قطع العروق أكثر مما يعيش المذبوح حتى تحل بقطع العروق فيكون الموت مضافاً إليه، أما إذا كان لا تعيش إلا كما يعيش المذبوح فإنه لا يحل، لأنه يحصل الموت مضافاً إلى الفعل السابق فلا يحل اهـ إتقاني. **قوله**: (**وعن محمد إلخ**) قال الإتقاني: ثم الإبل والبقر إذا وجد منهما التوحش فإنهما يحلان بذكاة الاضطرار سواء كانا في المصر أو خارج المصر، فرقوا بين هذا وبين الشاة، وقالوا في الشاة: إذا ندت في المصر لا تحل بذكاة الاضطرار وفي خارج المصر يحل ذلك لأن الإبل والبقر، وإن ندت في المصر فقد لا يقدر على ذكاة الاختيار فيهما لأن الإبل تدفع عن نفسها بمشفرها ونابها والبقر بقرنه، ويخاف القتل منهما فيقع العجز عن ذكاة الاختيار فيهما، وإن حصل التوحش منهما في المصر، فأما في الشاة فإنما يتحقق العجز عن ذكاة الاختيار خارج المصر، لأنه لا يمكن أخذها فأما في المصر فيمكن أخذها ولا يخاف من جهتها القتل فلا يتحقق العجز عن ذكاة الاختيار، وقال في العيون: قال محمد في رجل رمى حمامة أهلية في الصحراء وسمى فلا تؤكل، لأنه يأوي إلى المنزل إلا أن تكون حمامة لا تهتدي إلى منزلها ابن سماعة في البعير أو الثور يندّ فلا يقدر على أخذه، قال: إن علم أنه لا يقدر على أخذه إلا أن يجتمع له جماعة كثيرة فله أن يرميه، وأما الشاة فلا يجوز إذا كانت في المصر، لأن البعير يندّ ويصول ويمتنع والثور ينطح فيمتنع كذا في العيون، وقال في الأصل أرأيت إن أصاب قرن البقر أو الظلف فقتلها هل تؤكل؟ قال: إن

المصول عليه وهو يريد ذكاته وسمى **حل أكله**، وقال مالك: لا يحل النعم الأهلي بذكاة الاضطرار لأن العجز فيه عن ذكاة الاختيار نادر والنادر لا حكم له، ولنا ما روي عن رافع بن خديج قال: كنا مع رسول اللّه ﷺ في سفر فندّ بعير من إبل القوم ولم يكن معهم خيل فرماه رجل منهم فقال رسول اللّه ﷺ: «إن لهذه البهائم أوابدا **كأوابد الوحش** فما فعل منها هذا فافعلوا به هكذا»[1] رواه البخاري ومسلم وجماعة أخر، ولأن المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار إلى البدل على أنا لا نسلم ندرته بل هو غالب، وذكر في النهاية معزياً إلى النوازل أن بقرة لو تعسرت عليها الولادة فأدخل صاحبها يده وذبح الولد حل أكله وإن جرحه في غير موضع الذبح إن كان لا يقدر على مذبحه **يحل أيضاً** وإن كان يقدر لا يحل.

قال رحمه اللّه: (وسن نحر الإبل وذبح البقر والغنم وكره عكسه وحل) وإنما كانت السنة في الإبل النحر وفي البقر والغنم الذبح لموافقته السنة المتوارثة قال اللّه تعالى: ﴿إن اللّه يأمركم أن تذبحوا بقرة﴾ [البقرة: ٦٧]، وقال تعالى: ﴿وفديناه بذبح عظيم﴾ [الصافات: ١٠٧]، وقال تعالى: ﴿فصلّ لربك وانحر﴾ [الكوثر: ٢] جاء في التفسير أي انحر الجزور، ولأن النحر أيسر في الإبل، وفي البقر والغنم الذبح أيسر فكان في كل واحد منهما السنة ما هو الأيسر فيه، وإن نحر الغنم والبقر وذبح الإبل جاز لحصول المقصود وهو تسييل الدم، **وكره لتركه السنة المتوارثة** وهو المراد بقوله وكره عكسه وحل، وقال مالك: لا يحل والحجة عليه ما بيناه/ [١٨٠/أ ٣/٢] والنحر قطع العروف في أسفل العنق عند الصدر، والذبح قطع العروق في أعلى العنق **تحت اللحيين**.

أدمى حل، وإن لم يدم لا يحل، لأنه متى أدمى علمنا أن الجرح وصل إلى اللحم، وشرط الإباحة حصول الجرح في اللحم وقد وجد، وأما إذا لم يدم فالجراحة لم تصل إلى اللحم فلا تحل، وهذا لأن الذكاة تصرف في الحيوان فمتى خلص الجرح إلى موضع فيه حياة حل وإلا فلا كذا في شرح خواهر زاده اهـ إتقاني. **قوله: (ندت)** أي نفرت اهـ غاية. **قوله: (حل أكله)** قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وحكى في المنتقى: في البعير إذا صال على إنسان فقتله وهو يريد الذكاة حل أكله إن كان لا يقدر على أخذه وضمن قيمته فجعل الصول بمنزلة الندّ اهـ إتقاني. **قوله: (كأوابد الوحش)** يعني أن لها توحشاً كتوحش الوحش اهـ غاية. **قوله: (يحل أيضاً)** لأنه عجز عن الذكاة الاختيارية اهـ ولوالجي. **قوله: (وكره لتركه السنة المتوارثة)** قال الإتقاني: وأما وجه الكراهة فلأنه زيادة في ألمها لا يحتاج إليها في الذكاة كما لو جرحها في موضع آخر كذا في شرح الأقطع اهـ **قوله: (تحت اللحيين)** أي في

---

(١) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد (٥٥٠٣)، ومسلم في الأضاحي (١٩٦٨)، والترمذي في الصيد (١٤٩٢)، والنسائي في الضحايا (٤٤٠٩).

قال رحمه الله: (**ولم يتذك جنين بذكاة أمه**) أي لا يصير الجنين مذكى بذكاة أمه حتى لا يحل أكله بذكاتها وهذا عند أبي حنيفة وزفر والحسن بن زيادة، وقال أبو يوسف ومحمد وجماعة أخر: إذا تم خلقه حل أكله بذكاتها لقوله ﷺ: «ذكاة الجنين ذكاة أمه» وروى أنه عليه الصلاة والسلام قيل له: يا رسول الله إنا ننحر الناقة ونذبح البقرة أو الشاة في بطنها الجنين أنلقيه أم نأكله، فقال: «كلوا إن شئتم **فإن ذكاته ذكاة أمه**»، واحتجوا أيضاً بقوله تعالى: ﴿ومن الأنعام حمولة وفرشاً﴾ [الأنعام: ١٤٢]، قيل: الفرش الصغار من الأجنة والحمولة الكبار فقد منّ الله علينا بإباحة أكله لنا، ولأنه جزء من الأم حقيقة لكونه متصلاً بها **حتى يفصل** بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتنفس بنفسها، وكذا حكماً حتى يدخل في الأحكام الواردة على الأم كالبيع والهبة والعتق، فإذا كان جزءاً لها فيكون جرح الأم ذكاة له عند العجز كما في الصيد والجامع أنه عجز في الاثنين عن ذكاتهما اختيارية فانتقل إلى ما هو في وسعه وهو الجرح في الصيد وذبح الأم في الجنين فصار مثله بل فوقه لأنه يموت به قطعاً والغالب في الصيد المجروح السلامة لا سيما إذا وقع الجرح في أطرافه، **ولأبي حنيفة** ومن تابعه أن الله تعالى حرم الميتة وهو اسم لحيوان مات من غير ذكاة، ألا ترى أن

الحلقوم اهـ **قوله في المتن**: (**ولم يتذك جنين بذكاة أمه**) قال الفقيه أبو الليث في العيون: ولو أن شاة ذبحت فخرج من بطنها ولد ميت فإن ذكاة الشاة لا تكون ذكاة الجنين في قول أبي حنيفة وزفر والحسن، وقال أبو يوسف إذا خرج ميتاً فذكاته ذكاة أمه وإن خرج حياً وبقي مقدار ما يقدر على ذبحه لا أكله وإن لم يبق مقدار ما يذبح فإنه يؤكل، وروى هشام عن محمد أيضاً قال: ذكاة الجنين ذكاة أمه إذا تمّ خلقه وأما إذا لم يتم خلقه فإنه لا يؤكل، وقال شيخ الإسلام خواهر زاده في آخر كتاب الأضاحي قال أبو حنيفة وزفر: الجنين لا يتذكى بذكاة الأم، وقال أبو يوسف ومحمد ومالك والشافعي: أنه يتذكى بذكاة الأم، وروي عن أبي يوسف ومحمد: في غير رواية الأصول أن ذكاة الجنين ذكاة أمه إذا تم خلقه وصورة المسألة أن الشاة أو الناقة أو البقرة إذا ذبحت وخرج من بطنها جنين ميت أو حي إلا أنه مات قبل التمكن من ذبحه فإنه لا يحل أكله في قول أبي حنيفة وزفر ويحل في قولهم جميعاً إلى هنا لفظ خواهرزاده اهـ إتقاني. **قوله**: (**فإن ذكاته ذكاة أمه**) رواه أبو داود والنسائي اهـ **قوله**: (**حتى يفصل**) أي عن أمه بقطع سرته اهـ غاية. **قوله**: (**ولأبي حنيفة إلخ**) قال الإتقاني: ولأبي حنيفة ما روى محمد في كتاب الآثار، قال: أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم النخعي قال: لا تكون ذكاة ذكاة نفسين، يعني الجنين إذا ذبحت أمه لم يؤكل حتى تدرك ذكاته ولأن الجنين لا يخلوا ما أن يكون من جنس الحيوان المقدور على ذكاته أو من جنس الحيوان الذي لا يقدر على ذكاته، ففي الأول يشترط الذبح وفي الثاني يشترط الجرح ولم يوجد في الجنين لا ذبح ولا جرح فلا يحل لأنه ميتة اهـ (فرع) رجل أراد أن

الله تعالى شرط التذكية بقولة تعالى: ﴿إلا ما ذكيتم﴾ [المائدة:٣] وحرم المنخقة والجنين مات خنقاً فيحرم بالكتاب لأنه أصل في الحياة حتى يتصوّر حياته بعد موت أمه فوجب إفراده بالذكاة ليخرج الدم عنه فيحل به ولا يحل بذكاة غيره، إذ المقصود بالذكاة إخراج دمه ليتميز من اللحم فيطيب ولا يكون تبعاً لها، ولهذا تفرّد بإيجاب الغرة ويقبل العتق وحده وتصح الوصية له وبه منفرداً فلا يمكن جعله تبعاً لأمه فيه، لأنه لا يحصل المقصود بذكاة أمه وهو إخراج دمه بخلاف جرح الصيد، لأنه مخرج للدم وهو المقصود فيقوم مقام الذبح عند العجز، يحققه أنه لو كان جزءاً للأم لحل أكله وإن لم يتم خلقه لأن جميع أجزاء الأم مأكول فلما لم يؤكل قبل تمامه علمنا أنه ليس بجزء لها وما رووه لا يعارض الدليل القطعي، أو المراد بالحديث الأول **إن صح التشبيه**، أي ذكاة الجنين كذكاة أمه والتشبيه على هذا الطريق فاشٍ، قال الله تعالى: ﴿وجنة عرضها السماوات والأرض﴾ [آل عمران: ١٣٣]، ويقال: زيد أسد أي زيد كأسد، قال الشاعر:

فعيناك عيناها وجيدك جيدها ولكن عظم الساق منك دقيق[١]

أي كعينيها فلا يدل على أنه يكتفي بذكاة الأم، والدليل عليه أنه يروى ذكاة أمه بالنصب على المصدر أي يذكى ذكاة مثل ذكاة أمه، وهذا يبين أن المراد بالرفع التشبيه وإلا لفسد المعنى لأنه يؤدي إلى أن ذكاة الجنين هو ذكاة للأم بمعنى أنه يكتفي به ويستغني به عن ذكاة أمه لأن قوله: ذكاة الجنين مبتدأ وذكاة أمه خبر فيفسد المعنى، لأن أحداً لم يقل أن ذكاة الجنين تغني عن ذكاة الأم، وهذا كما

يذبح شاة حاملاً له إن تقاربت الولادة يكره الذبح لأنه يضيع ما في بطنها وهذا التفريع بناء علي قول أبي حنيفة رحمه الله، لأن الجنين لا يتذكى بذكاة أمه عنده اهـ ولوالجي. **قوله: (إن صح التشبيه)** قالت الشافعية في هذا بعد لما فيه من التقدير المستغنى عنه: أما على رواية الرفع المحفوظة فذكاة الجنين خبر لما بعده أي ذكاة أم الجنين ذكاة له يدل عليه رواية البيهقي ذكاة الجنين في ذكاة أمه، وأما على رواية النصب إن ثبت فبأن يجعل على الظرفية كما في جئتك طلوع الشمس أي وقت طلوعها والمعنى أن ذكاة الجنين حاصلة وقت ذكاة أمه وهو موافق لمعنى رواية الرفع الذي ذكرنا اهـ مجتبى. وكتب ما نصه: قال الإتقاني: والجواب عن قوله عليه الصلاة والسلام: «ذكاة الجنين ذكاة أمه» أن المراد به التشبيه بحذف حرف التشبيه وهو أبلغ وجوه التشبيه كقولك زيد أسد أي ذكاة الجنين كذكاة أمه، كقولهم صوته صوت الأسد وريحه ريح المسك.

---

(١) البيت من الطويل وهو للمجنون في ديوانه (ص١٦٣) وجمهرة اللغة (ص٤٣)، وخزانة الأدب (١١/ ٢٦٤).

تقول كلام زيد كلام القوم بمعنى أنه يكتفي به ولا يحتاج إلى كلامهم، وإنما كان كذلك لأن المبتدأ والخبر إذا كانا معرفتين وجب تقديم المبتدأ وتأخير الخبر بمعنى أن المتقدم هو المبتدأ والمتأخر الخبر والمراد من قولهم فيخرج من بطنها جنين ما أشرف على الموت، قال اللّه تعالى: ﴿إنك ميت وإنهم ميتون﴾ [الزمر: ٣٠]، أي اذبحوه وكلوه وهذا مثل ما يروى أنه عليه الصلاة والسلام: «أذن في أكل لحم الخيل أن إذا ذبح»[١] لأن الشيء إذا عرف شروطه وذكر مطلقاً ينصرف إليها كقوله تعالى: ﴿أقم الصلاة﴾ [الإسراء: ٧٨]، أي بشروطها وإنما يدخل الجنين في البيع تحرّياً للجواز لأن البيع يفسد باستثنائه، وإنما يعتق بإعتاقها كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق، ولا يقال لو لم يحل أكله بذكاة أمه لما/ حل ذبح أمه لما فيه من تضييع [١٨٠ب/٣] الولد: «ونهى النبي ﷺ عن إضاعة المال»[٢] لأنا نقول: موته لا يتيقن به بل يتوهم إدراكه حياً فيذبح فلا يحرم أو لأن المقصود لحم الأم فلا يتوصل إليه إلا به فكان قتله لغرض صحيح، فإذا كان يجوز قتل المسلمين للتوصل إلى المقصود كما إذا تترس الكفار بالمسلمين فما ظنك بالأجنة واللّه أعلم.

فصل فيما يحل وما لايحل

قال رحمه اللّه: (لا يؤكل ذو ناب ومخلب من سبع وطير) أي لا يحل أكل ذي ناب من سباع البهائم وذي مخلب من سباع الطير لما روى ابن عباس رضي اللّه عنهما أن النبي ﷺ: «**نهى عن أكل كل ذي ناب** من السباع وكل ذي مخلب من الطير»[٣]

فصل فيما يحل وما لا يحل

لما ذكر أحكام الذبائح شرع في تفصيل المأكول منها وغير المأكول إذ المقصود الأصلي من شرعية الذبح التوسل إلى الأكل وقدم الذبح لأنه شرط المأكول والشرط مقدم قاله الكاكي. وقال الإتقاني: لما كان للذكاة حكمان في المذبوح حل الذبيحة فيما يحل أكله وحصول الطهارة في اللحم والجلد فيما لا يحل أكله إلا الآدمي والخنزير، فإنه لا تلحق الذكاة بهما ذكر في هذا الفصل ما يحل أكله وما لا يحل، وكان الأنسب أن يذكر مسائل هذا الفصل جميعها في كتاب الصيد، لأن كل ما ذكره من الصيد إلا الفرس والبغل والحمار اهـ **قوله: (نهى عن أكل كل ذي ناب إلخ)** قال الكرخي في مختصره قال أبو يوسف

---

(١) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد (٥٥٢٤)، ومسلم في الصيد والذبائح (١٩٤١) واللفظ لمسلم، وأبو داود في الأطعمة (٣٧٨٨).

(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية وقال أخرجه البخاري ومسلم.

(٣) أخرجه مسلم في الصيد والذبائح (١٩٣٤)، والترمذي في الصيد (١٤٧٤)، وأبو داود في الأطعمة (٣٨٠٣).

رواه مسلم وأبو داود وجماعة أخر. وعن أبي ثعلبة أن النبي ﷺ: «**نهى عن أكل كل ذي ناب** من السباع»[١] رواه البخاري، والسباع جمع سبع **وهو كل مختطف منتهب** جارح قاتل عاد عادة، والمراد بذي مخلب ما له مخلب **هو سلاح** وهو مفعل من الخلب وهو مزق الجلد ويعلم بذلك أن المراد بذي مخلب هو سباع الطير لا كل ما له مخلب وهو الظفر كما أريد في ذي ناب من سباع البهائم **لا كل ما له ناب، ولأن طبيعة هذه الأشياء** مذمومة شرعاً فيخشى أن يتولد من لحمها شيء من طباعها فيحرم **إكراماً لبني آدم** وهو نظير ما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال: «لا ترضع لكم الحمقاء فإن اللبن يعدي»[٢] **ويدخل في الحديث الضبع والثعلب** لأن لهما ناباً، وما روي أنه عليه الصلاة والسلام أباح أكلهما محمول على الابتداء، **ويدخل فيه الفيل أيضاً** لأنه ذو ناب، **واليربوع وابن عرس من سباع الهوام** وكرهوا أكل الرخم والبغاث لأنهما يأكلان الجيف.

قال رحمه الله: (وحل غراب الزرع) لأنه يأكل الحب وليس من سباع الطير ولا من الخبائث.

في السنجاب والفنك والسمور والدلق: كل شيء من هذا سبع مثل الثعلب وابن عرس لا يؤكل لحمه، لأنه من ذوات الباب فيدخل في عموم الخبر اهـ غاية. **قوله: (وهو كل مختطف منتهب)** والاختطاف بمعنى الخطف والانتهاب بمعنى النهب، قيل: في الفرق بينهما أن الاختطاف من فعل الطير والانتهاب من فعل سباع البهائم، فلما كان السبع شاملاً لهذين النوعين فسر السبع بهذين الوصفين والعادي من عدا عليه عدواناً اهـ غاية. **قوله: (هو سلاح)** وهو المراد بالإجماع لأن كل صيد لا يخلو عن مخلب اهـ اق. **قوله: (وهو الظفر)** قال في المستصفى: فإن الحمامة لها مخلب والبعير له ناب وكذلك البقر اهـ **قوله: (لا كل ما له ناب)** أي فإن البعير له ناب والبقر كذلك اهـ **قوله: (ولأن طبيعة)** بيان لحكمة النهي عن تحريم أكل كل ذي مخلب من الطير وناب من السباع اهـ **قوله: (هذه الأشياء)** وهي الاختطاف والانتهاب والقتل اهـ **قوله: (إكراماً لبني آدم)** أي كما كانت الإباحة فيما يؤكل كرامة له اهـ **قوله: (ويدخل في الحديث الضبع والثعلب)** وقال الشافعي: لا بأس بأكلهما لما روي عن النبي ﷺ أنه سئل عن الضبع فقال: «تلك نعجة سمينة»[٣] وعن جابر بن عبد الله أنه سئل عن الضبع أصيد هو فقال: «نعم فقيل: أسمعته من رسول الله ﷺ فقال:

---

(١) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد (٥٥٣٠)، ومسلم في الصيد والذبائح (٩٣٢)، والنسائي في الصيد والذبائح (٤٣٢٥).

(٢) ذكره الجرجاني في الكامل في ضعفاء الرجال (٥/١٥٣) (٧/٢٨٤).

(٣) أخرجه البيهقي في سننه (٩/٣١٩).

قال رحمه الله: (**لا الأبقع الذي يأكل الجيف** والضبع والضب والزنبور والسلحفاة والحشرات والحمر الأهلية والبغل) أي هذه الأشياء لا تؤكل، أما الغراب الأبقع فلأنه يأكل الجيف فصار كسباع الطير، والغراب ثلاثة أنواع نوع يأكل الجيف فحسب فإنه لا يؤكل ونوع يأكل الحب فقط، فإنه يؤكل ونوع يخلط بينهما وهو أيضاً يؤكل عند أبي حنيفة وهو العقعق **لأنه كالدجاج**، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يكره لأن غالب مأكوله الجيف والأول أصح. وقال في النهاية: ذكر في بعض المواضع أن الخفاش يؤكل **وذكر في بعضها أنه لا يؤكل ولأن له ناباً**، وأما الضبع فلما روينا وبينا ولأنه يأكل الجيف فيكون لحمه نابتاً منه فيكون خبيثاً، وأما الضب والزنبور والسلحفاة والحشرات فلأنها من الخبائث لأن العرب تستخبثها، وقد قال الله تعالى: ﴿ويحرم عليهم الخبائث﴾ [الأعراف: ١٥٧]، وما روي أنه عليه الصلاة والسلام أباح أكلها محمول على ما قبل التحريم ثم حرم الخبائث لأنه لم يكن في الابتداء حرام إلا ثلاثة أشياء على ما قال الله تعالى: ﴿قل لا أجد فيما أوحي إليّ محرّماً على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحاً أو لحم خنزير﴾ [الأنعام: ١٤٥] ثم حرم بعد ذلك

نعم»[(١)]، والمعنى ما حكي عن المزني أن السبع ما يعدو على الناس وعلى حقوقهم وهما لا يعدوان فلا يكونان من السباع، ولنا ما روينا من نهي رسول الله ﷺ عن كل ذي ناب من السباع وهما من السباع لوجود معنى السبع فيهما، والجواب عن حديث الخصم أن ما رويناه يدل على الحرمة وما رواه يدل على الإباحة والتاريخ ليس بمعلوم فيجعل ما فيه تحريم متأخراً تعليلاً للنسخ. وقوله: لا يعدوان ليس بمسلم بل يعدوان لأنهما من جملة السباع اهـ إتقاني. **قوله: (ويدخل فيه)** أي في التحريم اهـ **قوله: (واليربوع وابن عرس من سباع الهوام)** والهوام بتشديد الميم قال الإتقاني: جمع الهامة وهي الدابة من دواب الأرض وجميع الهوام نحو اليربوع وابن عرس والقنفذ مما يكون سكناه الأرض والجدر مكروه أكله، لأن الهوام مستخبثة وقد قال تعالى: ﴿ويحرّم عليهم الخبائث﴾ [الأعراف: ١٥٧]، ولأنها تتناول النجاسات في الغالب وذلك من أسباب الكراهة، وكذا جميع ما لادم له نأكله مكروه لأنه كله مستخبث فيدخل تحت قوله عز وجل: ﴿ويحرّم عليهم الخبائث﴾ إلا الجراد فإنه مخصوص بالحديث اهـ **قوله في المتن: (لا الأبقع الذي يأكل الجيف)** قال الإتقاني رحمه الله: وقال صاحب الهداية: وكذا الغداف أي لا يؤكل وهو غراب الغيط الكبير من الغربان وافي الجناحين، قال القدوري في شرحه: والأصل في تحريم الغراب الأبقع والغداف ما روى هشام بن عروة عن أبيه أنه سئل عن أكل الغراب فقال: «من يأكل ذلك بعد أن

---

(١) أخرجه ابن ماجه في الصيد (٣٢٣٦)، والترمذي في الحج (٨٥١)، والنسائي في الصيد والذبائح (٤٣٢٣).

أشياء لا تحصى، والشافعي يجوز أكل الضبع والضب ومالك جميع السباع والحشرات استدلالاً بما تلونا وروينا والحجة عليهما ما بينا، وأما الحمر الأهلية فلما روي عن ثعلبة الخشني أنه قال: «حرم رسول الله ﷺ لحوم الحمر الأهلية»[١] رواه البخاري ومسلم وأحمد. وأما البغل فلأنه من نسل الحمار فكان كأصله حتى لو كانت أمه فرساً **كان على الخلاف المعروف في لحم الخيل**، لأن المعتبر في الحل والحرمة الأم فيما تولد من مأكول وغير مأكول.

قال رحمه الله: (**وحل الأرنب**) **لأن عليه الصلاة والسلام**: «**أمر أصحابه** أن يأكلوه حين أهدي إليه مشوياً»[٢] رواه أحمد والنسائي، **ولأنه ليس من السباع** ولا من أكلة الجيف فأشبه الظبي.

قال رحمه الله: (**وذبح ما لا يؤكل لحمه يطهر لحمه وجلده** إلا الآدمي والخنزير) وقال الشافعي رحمه الله: الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك **لأن أثر الذكاة في إباحة اللحم** أصل وفي طهارته وطهارة الجلد تبع ولا تبع بدون الأصل فصار كذبح المجوسي / [١٨١/أ ٣]

سماه رسول الله ﷺ فاسقاً» يعني قوله ﷺ: «خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم»[٣] اهـ **قوله**: (**لأنه كالدجاج**) أي فإنه يخلط أيضاً اهـ **قوله**: (**وذكر في بعضها أنه لا يؤكل**) قال فخر الدين قاضيخان في فتاواه: ولا يؤكل الخفاش لأنه ذو ناب وفيه نظر لأن كل ذي ناب ليس بمنهي عنه إذا كان لا يصطاد بنابه اهـ إتقاني. قوله: لأنه ذو ناب ونص في الذخير، والخلاصة على أنه لا يؤكل اهـ **قوله**: (**ولأن له ناباً**) الواو ثابتة في خط الشارح وينبغي حذفها اهـ **قوله**: (**كان على الخلاف المعروف في لحم الخيل**) وإن كانت أمه بقرة يؤكل بلا خلاف اهـ ع. **قوله في المتن**: (**وحل الأرنب**) قال في المصباح: الأرنب أنثى ويقع على الذكر والأنثى وفي لغة يؤنث بالهاء فيقال: أرنبة للذكر والأنثى أيضاً والجمع أرانب اهـ **قوله**: (**لأنه ﷺ أمر أصحابه إلخ**) قال الكرخي في مختصره: ولم يروا جميعاً بأساً يأكل الأرنب، قال أبو يوسف: أما الوبر فلا أحفظ فيه عن أبي حنيفة شيئاً وهو عندي مثل الأرنب وهو يعتاف البقول والنبت إلى هنا لفظ الكرخي اهـ إتقاني. قوله: الوبر الوبر دويبة مثل الهرة غبراء اللون كحلاء لا ذنب لها والجمع وبار مثل سهم وسهام والأنثى وبرة، قيل: هي من جنس بنات عرس كذا في المصباح اهـ **قوله**: (**ولأنه ليس من السباع**) لا سباع الطير ولا سباع الوحش اهـ **قوله في المتن**: (**وذبح ما لا يؤكل لحمه يطهر لحمه وجلده**) قال في باب المياه من النهاية: في هذه الرواية نوع ضعف والصحيح أن اللحم لا يطهر بالذكاة وكذا في

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/١٩٩).

(٣) أخرجه مسلم في الحج (١١٩٨)، والنسائي في مناسك الحج (٢٨٨١).

ولنا أن الذكاة مؤثرة في إزالة الرطوبة النجسة، فإذا زالت طهرت كما في الدباغ، وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي قتل **فلا بد من الدباغ،** وكما يطهر لحمه يطهر شحمه أيضاً حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده وهل يجوز الانتفاع به لغير الأكل، قيل: لا يجوز اعتباراً بالأكل، وقيل: يجوز كالزيت إذا خالطه شحم الميتة والزيت غالب **فإنه ينتفع به في غير الأكل،** والخنزير لا يؤثر فيه الدباغ لنجاسته والآدمي لكرامته، وفي رواية لا يطهر بالذكاة لحم ما لا يؤكل لحمه والجلد يطهر هو الصحيح، **وقد ذكرناه في كتاب الطهارة.**

قال رحمه الله: (ولا يؤكل مائي إلا السمك غير طاف) وقال مالك: يؤكل جميع حيوان الماء واستثنى بعضهم الخنزير والسباع والكلب والإنسان، وعن الشافعي أنه أباح ذلك كله، قال صاحب الهداية: الخلاف في الأكل والبيع واحد، وينبغي أن يجوز بيعه بالإجماع لطهارته، لهم قوله تعالى: ﴿أحل لكم صيد البحر﴾ [المائدة:٩٦]، من غير فصل، وقوله عليه الصلاة والسلام في البحر: «هو الطهور ماؤه والحل ميتته»[١] ولأنه لا دم في هذه الأشياء إذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فأشبه السمك. وروى جابر أنهم أصابهم جوع شديد في الغزو فألقى البحر حوتاً ميتاً يقال له: العنبر فأكلنا منه نصف شهر، قال: فلما قدمنا المدينة ذكرنا ذلك لرسول الله ﷺ فقال: كلوا رزقاً أخرجه الله لكم إن كان معكم أطعمونا»[٢] الحديث، ولنا قوله تعالى: ﴿ويحرّم عليهم الخبائث﴾ [الأعراف:١٥٧]، وما سوى السمك خبيث، ونهى رسول الله ﷺ «عن التداوي بدواء اتخذ فيه الضفدع»[٣]، ونهى عن «بيع السرطان»[٤]، والصيد المذكور فيما يلي محمول على الاصطياد **وهو مباح فيما لا يحل أكله،** والميتة المذكورة فيما روي محمول على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك **لقوله عليه الصلاة والسلام: «أحلت لنا ميتتان ودمان،** أما الميتتان

معراج الدراية وغيرهما اهـ **قوله: (لأن أثر الذكاة في إباحة اللحم إلخ)** قال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير: اتفق أصحابنا في الحمار إذا ذبح أن لحمه طاهر وأنه لا يؤكل اهـ إتقان في الكراهية. **قوله: (فلا بد من الدباغ)** أي ليحصل طهارة الجلد اهـ **قوله: (فإنه ينتفع به في غير الأكل)** يعني في الاستصباح ودهن الجلد ونحوه اهـ غاية. **قوله: (وقد ذكرناه في كتاب الطهارة)** أي في سؤر ما لا يؤكل اهـ **قوله: (وهو مباح فيما لا يحل أكله)** أي لمنافع أخر

---

(١) تقدم تخرجه.

(٢) أخرجه البخاري في المغازي (٤٣٦٢)، وأحمد في مسنده (١٣٩٢٦٥).

(٣) أخرجه النسائي في الصيد والذبائح (٤٣٥٥)، وأبو داود في الطب (٣٨٧١).

(٤) أخرجه البيهقي في سننه كتاب الضحايا باب ما جاء في الضبع والثعلب (٩/٣١٩).

فالسمك والجراد، وأما الدمان فالكبد والطحال»[١]. وحديث جابر لا يدل على مرادهم، لأنه قال: «فجعنا جوعاً شديداً فألقى البحر حوتاً ميتاً لم ير مثله يقال له عنبر»[٢] الحديث، هكذا رواه البخاري ومسلم وأحمد، وهذا يدل على أنه كان سمكاً وإن لم يكن سمكاً فهو في حال المخمصة وفيها تحل الميتة والخنازير فما ظنك بصيد البحر وهو طاهر بالإجماع، والنصوص على تحريم الخنزير والسباع مطلقة فيتناول البري والبحري، وأما الطافي فيكره أكله لقول جابر رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال: «ما نضب عنه الماء فكلوا وما طفا فلا تأكلوا»[٣]. وعن

سوى الأكل اهـ اق. **قوله: (لقوله ﷺ «أحلت لنا ميتتان ودمان»)** رواه الدارقطني والبيهقي والشافعي وأحمد من حديث عبد الرحمن بن زيد بن أسلم عن أبيه عن ابن عمر مرفوعاً، قال البيهقي وروي موقوفاً على ابن عمر وهو الأصح اهـ دميري. وكتب ما نصه: فإن قيل قوله ﷺ: «أحلت لنا ميتتان ودمان» ورد مخالفاً لقوله تعالى: ﴿حرمت عليكم الميتة والدم﴾ [البقرة: ١٧٣]، قلنا: هذا حديث مشهور فيجوز التخصيص به ولأن الألف واللام إنما تصرف إلى الجنس إذا لم يكن ثم معهود والميتة من الدمويات كانت معهودة عندهم وكذا الدم ينصرف إلى المعهود وهو الدم المسفوح، ولأن هذا الحديث مؤيد بالإجماع فيجوز التخصيص بمثله على أن حل السمك ثبت بقوله تعالى: ﴿تأكلون منه لحماً طريا﴾ [النحل: ١٤]، وقوله تعالى: ﴿أحل لكم صيد البحر وطعامه﴾ [المائدة: ٩٦] سماه لحماً وطعاماً وذلك لا يتوقف حله على الذبح والكبد صار حلالاً بدلالة قوله تعالى: ﴿قل لا أجد فيما أوحي إلى محرّماً﴾ [الأنفال: ١٤٥] الآية اهـ مستصفى. وكتب ما نصه: ولا يرد علينا كراهة الطافي لأنه مخصوص بالحديث الآخر اهـ إتقاني. (فرع) قال في الهداية: ولا بأس بأكل الجرّيث والمارما هي وأنواع السمك والجراد بلا ذكاة، قال الإتقاني: والجريث الجري من أنواع السمك إنما أحل لعموم قوله ﷺ: «أحلت لنا ميتتان ودمان» السمك والجراد والكبد والطحال، وروى محمد في الأصل عن عمر بن شوذب عن عمرة بنت أبي طبيخ قالت: خرجت مع وليدة لنا فاشترينا جريثة بقفيز حنطة فوضعناها في زنبيل فخرج رأسها من جانب وذنبها من جانب فمر بنا علي رضي الله عنه فقال: بكم أخذت، قالت: فأخبرته فقال: ما أطيبه وأرخصه وأوسعه للعيال»، فيه دليل على أن الجريث يؤكل لأنه نوع من السمك فيحل كسائر الأنواع وهذا الحديث حجة لنا على بعض الروافض وأهل

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك وقال حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه (١/٦٢٢)، والترمذي في الجامع الصحيح كتاب الحج (٨٥١) (٣/٢٠٨)، والنسائي في سننه (٢٨٣٦)، وأبو داود في الأطعمة (٣٨٠١).

(٢) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد (٥٤٩٣)، ومسلم في الصيد والذبائح (١٩٣٥).

(٣) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/٢٠٢).

جماعة من الصحابة مثله وهو حجة على مالك والشافعي في إباحتهما الطافي ولا دليل لهما فيما رويا لأن المراد بميتة البحر ما لفظه البحر حتى يكون موته مضافاً إلى البحر ولا يتناول ما مات فيه بمرض أو نحوه، **ثم الأصل فيه** أنه متى عرف سبب موته كلفظة البحر أو بحبسه في مكان كالحظيرة الصغيرة الضيقة المتلفة بحيث يمكن أخذه من غير حيلة أو بابتلاع سمكة أو بقتل طير الماء إياها أو بانجماد الماء عليها فماتت حل أكلها لأن سبب موتها معلوم، ولو ماتت من شدة حر الماء أو برده قيل: تؤكل لأن لموتها سبباً معلوماً، وقيل: لا تؤكل لأن الماء لا يقتل السمك حاراً كان أو بارداً، وإن انحسر الماء عن بعضه ومات روى هشام عن محمد أنه إن كان رأسه في الماء لا يؤكل، وإن كان ذنبه في الماء ورأسه انحسر عنه الماء أكل لأن خروج رأسه عن الماء سبب لموته فكان سبب موته معلوماً بخلاف خروج ذنبه فحاصله أن الشرط فيه أن يعلم بأي سبب مات حتى لو أبان عضوه بضرب فإنه يؤكل **ويؤكل العضو أيضاً**.

قال رحمه اللّه: (وحل بلا ذكاة كالجراد) أي حل السمك بلا ذكاة كالجراد لما روينا.

قال رحمه اللّه: (**ولو ذبح شاة فتحركت أو خرج الدم** حل وإلا لا إن لم يدر حياته وإن علم حل وإن لم يتحرك ولم يخرج الدم) لأن الحركة وخروج الدم لا يكونان إلا

الكتاب فإنهم يكرهون أكل الجريث ويقولون: أنه كان ديوثاً يدعو الناس إلى حليلته فمسخ وهو متروك بقول علي رضي اللّه عنه كذا قال خواهر زاده في شرحه، وروى محمد أيضاً في الأصل عن ابن عباس أنه سئل عن الجريث فقال: أما نحن فلا نرى به بأساً وأما أهل الكتاب فيكرهونه فإذا صح عن علي وابن عباس إباحة الجريث ولم يرد عن غيرهما خلاف ذلك حل محل الإجماع وكذا الجراد حلال سواء مات حتف أنفه أو قتله الآخذ اهـ **قوله: (ما نضب)** النضوب ذهاب الماء اهـ غاية. **قوله: (ثم الأصل فيه إلخ)** قال في شرح القدوري للزاهدي: ثم الأصل في السمك عندنا إذا بآفة يحل كالمأخوذ والميت بالحر والبرد والانخناق تحت الجمد أو إبانة بعضه أو اصطياد غيره ونحوها وإذا مات من غير آفة لا يحل كالطافي اهـ **قوله: (ويؤكل العضو أيضاً)** قال في الهداية: ثم الأصل عندنا في السمك أنه إذا مات بآفة يحل كالمأخوذ وإذا مات حتف أنفه لا يحل كالطافي وتنسحب عليه فروع كثيرة، قال الإتقاني: منها إذا ضربها رجل فقطع بعضها يحل المبان والمبان منه لأنه مات بآفة ظهرة والمبان من الحي وإن كان ميتة لكن حل المبان هناك لأن ميتة السمك حلال بالحديث ومنها إن وجد في أبطنها سمكة أخرى أو قتلها طير لماء لا بأس بأكلها لأن الموت محال إلى سبب ظاهر وهو ابتلاع السمكة أو قتل الطير اهـ **قوله في المتن: (ولو ذبح شاة فتحركت أو خرج الدم)** انظر ما قاله الشارح في كتاب الصيد قبيل قوله وإن رمى صيداً فقطع عضواً منه

[١٨١ ب/٣] من الحي، لأن الميت لا يتحرك ولا يخرج/ منه الدم فيكون وجودهما أو وجود أحدهما علامة الحياة فيحل وعدمهما علامة الموت فلا يحل إلا إذا علم حياتها عند الذبح فيحل لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان فلا يحكم بزوال الحياة بالشك وذكر محمد بن مقاتل إن خرج الدم ولم يتحرك لا يحل لأن الدم لا ينجمد عند موته فيجوز خروج الدم بعد الموت وهذا يتأتى في المنخنقة والمتردية والنطيحة والتي بقر الذئب بطنها لأن ذكاة هذه الأشياء تحلل، وإن كانت حياتها خفية في ظاهر الرواية لقوله تعالى: ﴿إلا ما ذكيتم﴾ [المائدة: ٣]، **وعن أبي حنيفة رحمه الله أنها** إنما تحل إذا كانت بحال تعيش يوماً لولا الذكاة، وعن أبي يوسف رحمه الله: إن كان بحال لا يعيش مثله لا يحل، وعن محمد رحمه الله إن كان بحال يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحل وإلا فلا، وسنبينها إن شاء الله تعالى في كتاب الصيد، ولو ذبحت شاة مريضة ولم يتحرك منها إلا فوها، قال محمد بن سلمة: إن فتحت فاها لا تؤكل وإن ضمت عينها أكلت وإن مدّت رجلها لا تؤكل، وإن قبضت رجلها أكلت وإن نام شعرها لا تؤكل وإن قام شعرها أكلت، وهذا صحيح لأن الحيوان يسترخي بالموت ففتح الفم والعين ومد الرجل ونوم الشعر علامة الموت لأنها استرخاء وضم الفم وتغميض العين وقبض الرجل وقيام الشعر ليست باسترخاء بل هي حركات تختص بالحي فتدل على حياته، وقال قاضيخان: **هذا كله إذا لم يعلم حياته وقت الذبح** وإن علم حياته وقت الذبح أكل على كل حال وكذا ذكره في المحيط أيضاً والله أعلم بالصواب.

أكل الصيد والعضو اهـ **قوله: (وعن أبي حنيفة أنها إلخ)** قال الولوالجي في فتاواه: رجل ذبح شاة أو بقرة فهذا على أربعة أوجه إن تحرك بعد الذبح وخرج منه دم مسفوح أو تحرك ولم يخرج منه دم مسفوح أو خرج منه دم مسفوح ولم يتحرك ففي الوجوه الثلاثة يحل لأنه وجد علامة الحياة وعلامة الحياة أحد هذين الأمرين أما الدم المسفوح أو الحركة، وفي الوجه الرابع: وهو ما إذا لم يتحرك ولم يخرج منه دم مسفوح لا يحل لأنه لم يوجد علامة الحياة ولكن هذا إذا لم يعلم حياته وقت الذبح فإن علم حل، وإن لم يتحرك ولم يخرج منه دم أصلاً اهـ **قوله: (هذا كله إذا لم يعلم حياته وقت الذبح)** قال في الينابيع: وروى ابن سماعة عن محمد أنه قال: لا بد أن يكون بحال يعيش يوماً أو نحوه والمختار أن كل شيء ذبح وهو حي حل أكله ولا توقيت فيه وعليه الفتوى. قوله: حل أكله أي لقوله تعالى: ﴿إلا ما ذكيتم﴾ [المائدة: ٣] من غير فصل اهـ.

كتاب الأضحية

وهي اسم لِمَا يضحى به كالأروية، **وهي الأنثى من الوعول**، وتجمع على أضاحيّ بالتشديد على أفاعيل كالأراويّ في جمع الأروية، ويقال: ضحية وضحايا كهدية وهدايا، ويقال: أضحاة وتجمع على أضحى كأرطاة وأرطى، وهي في الشرع اسم لحيوان مخصوص بسن مخصوص يذبح بنية القربة في يوم مخصوص عند وجود شرائطها، وسببها وشرائطها الإسلام والوقت واليسار الذي يتعلق به وجوب صدقة الفطر وركنها ذبح ما يجوز ذبحه، اعلم أن القربة المالية نوعان: نوع بطريق التمليك كالصدقات، ونوع بطريق الإتلاف كالإعتاق والأضحية، وفي الأضحية اجتمع المعنيان فإنها تقرّب بإراقة الدم وهو إتلاف ثم بالتصرف في اللحم يكون تمليكاً وإباحة.

قال رحمه الله: (تجب على حر مسلم مقيم موسر عن نفسه لا عن طفله شاة أو سبع بدنة يوم النحر إلى آخر أيامه) **وفي الجوامع** عن أبي يوسف أنها سنة وهو قول الشافعي، وذكر الطحاوي أنها سنة مؤكدة على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما اللّه، وهكذا ذكره بعضهم أيضاً، ووجه السنة قوله ﷺ: «إذا رأيتم هلال ذي الحجة

كتاب الأضحية

أورد الأضحية بعد الذبح لما فيهما من الذبح إلا أن الذبح أعم من الأضحية والخصوص يكون بعد العموم اهـ وكتب ما نصه قال في المصباح المنير: والأضحية فيها لغات ضم الهمزة في الأكثر وهي في تقدير أفعولة وكسرها اتباعاً لكسرة الحاء والجمع أضاحيّ، والثالثة ضحية والجمع ضحايا مثل عطية وعطايا، والرابعة أضحاة بفتح الهمزة والجمع أضحى مثل أرطاة وأرطى، ومنه عيد الأضحى والأضحى مؤنثة وقد تذكر ذهاباً إلى اليوم قاله الفراء وضحى تضحية، وإذا ذبح الأضحية وقت الضحى هذا أصله ثم كثر حتى قيل: ضحى في أي وقت كان من أيام التشريق ويتعدى بالحرف، فيقال: ضحيت بشاة اهـ وقال في المغرب: ويقال: ضحى بكبش أو غيره إذا ذبحه وقت الضحى من أيام الأضاحي ثم كثر ذلك، ولو ذبح آخر النهار ومن قال: هي من التضحية بمعنى الرفق فقد أبعد اهـ قوله: وهي في تقدير أفعولة قال العيني: وهي على وزن أفعلة اهـ يعني وزنها الآن أفعلة ووزنها الأصل أفعولة كما قال في المصباح: فأعل وإعلاله ظاهر اهـ **قوله**: (**وهي الأنثى من الوعول**) الوعل قال ابن فارس: هو ذكر الأروي وهو الشاة الجبلية اهـ مصباح. **قوله**: (**وفي الجوامع**) قال الإتقاني: والجوامع اسم كتاب في الفقه صنفه أبو يوسف اهـ **قوله**:

وأراد أحدكم أن يضحي فليمسك عن شعره وأظفاره»[١] رواه مسلم وأبو داود وأحمد وجماعة أخر. والتعليق بالإرادة ينافي الوجوب ولأنها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر كالزكاة وصدقة الفطر لأنهما لا يختلفان في العبادة المالية **فصار كالعتيرة**، ووجه الوجوب قوله ﷺ «من وجد سعة فلم يضح فلا يقربن مصلانا»[٢]. رواه أحمد وابن ماجه. ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب، ولأنه عليه الصلاة والسلام أمر بإعادتها بقوله: «من ضحى قبل الصلاة فليعد»[٣]، والأمر للوجوب فلولا أنها واجبة لما وجب إعادتها ولأنها قربة يضاف إليها وقتها يقال: يوم الأضحى وذلك يؤذن بالوجوب لأن الإضافة للاختصاص، ويحصل الاختصاص بالوجود، والوجوب هو المفضي إلى الوجود ظاهراً بالنظر إلى جنس المكلفين لجواز أن يجتمعوا على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعوا على ترك الواجب، ولا تصح الإضافة باعتبار جواز الأداء فيه، ألا ترى أن الصوم يجوز في سائر الشهور/ [١٨٢/٢/أ] والمسمى بشهر الصوم رمضان وحده، وكذا الجماعة تجوز في كل يوم والمسمى بيوم الجمعة يوم واحد، ولأن الإضافة إلى الوقت لا تتحقق إلا إذا كانت موجودة فيه بلا شك ولا تكون موجودة فيه بيقين إلا إذا كانت واجبة، وإنما لا تجب على المسافر لأن أداءها **يختص بأسباب تشق على المسافر** وتفوت بمضي الوقت فلا تجب عليه لدفع الحرج عنه، كالجمعة بخلاف الزكاة وصدقة الفطر فإنهما لا يفوتان بمضي الوقت فلا يحرج والمراد بالإرادة فيما روى ما هو ضد السهو لا التخيير **لأنه غير مخير إجماعاً**، لأن التخيير يقع في المباح والعتيرة منسوخة وهي شاة كانت تذبح في رجب في ابتداء الإسلام والأضحية ليست بمنسوخة، وإنما اشترط فيها الحرية

(**فصار كالعتيرة**) قال الجوهري: والعتر أيضاً العتيرة وهي شاة كانوا يذبحونها في رجب لآلهتهم مثال ذبح وذبيحة وقد عتر الرجل يعتر عتراً بالفتح إذا ذبح العتيرة يقال: هذه أيام ترجيب وتعتار وربما كان الرجل من الجاهلية ينذر نذراً إن رأى ما يحب بذبح كذا وكذا من غنمه، فإذا وجب ضاقت نفسه عن ذلك فيعتر بدل الغنم ظباء اهـ وقال الإتقاني نقلاً عن المغرب: والعتيرة ذبيحة كانت تذبح في رجب يتقرب بها أهل الجاهلية والمسلمون في صدر الإسلام فنسخت اهـ **قوله**: (**يختص بأسباب تشق على المسافر**) مثل تحصيل شاة تجوز في الأضحية ورعاية فراغ الإمام اهـ **قوله**: (**لأنه غير مخير إجماعاً**) فلم يدل القصد على نفي

---

(١) أخرجه مسلم في الأضاحي (١٩٧٧)، والترمذي بنحوه في الأضاحي (١٥٢٣)، والنسائي في الضحايا (٤٣٦١).

(٢) أخرجه ابن ماجه في الأضاحي (٣١٢٣)، وأحمد في مسنده (٨٠٧٤) واللفظ له.

(٣) أخرجه البخاري بلفظ «من ذبح في الأضاحي» (٥٥٤٩)، ومسلم في الأضاحي (١٩٦٠).

لأنها قربة مالية فلا تتأدى إلا بالملك والمالك هو الحر. والاسلام لأن القربة لا تتأدّى إلا من المسلم والإقامة لما بينا واليسار لما روينا، ولأن العبادة لا تجب إلا على القادر وهو الغني دون الفقير ومقداره ما يجب فيه صدقة الفطر والوقت وهو أيام النحر لأنها مختصة بها على ما بينا فيشترط أن يكون غنياً في أيام النحر، ولو كان فقيراً فأيسر فيها تجب لأنه أدرك وقتها وهو غني لأن الموجود في بعض الوقت كالموجود في أوّله، وقيل: لا تجب عليه لأن الوجوب يتعلق بطلوع الفجر فالفقير ليس من أهله فجعله في هذه الرواية نظير صدقة الفطر وقوله عن نفسه لأنه أصل في الوجوب عليه، وقوله لا عن طفله أي لا تجب عليه عن أولاده الصغار لأنها قربة محضة، والأصل في العبادات أن لا تجب على أحد بسبب غيره بخلاف صدقة الفطر لأن فيها معنى المؤنة والسبب فيها رأس يمونه ويلي عليه، وهذا المعنى يتحقق في حق الولد في صدقة الفطر دون الأضحية، ولهذا لا تجب عليه عن عبده وصدقة الفطر تجب عليه عنه، وروى الحسن عن أبي حنيفة أن الأضحية تجب عليه عن ولده الصغير لأنه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر، ثم على هذه الرواية لو ولد له ولد في أيام النحر فعلى الروايتين المذكورتين في اليسار فيها، والأوّل ظاهر الرواية وقد بينا وجهه وإن كان للصغير مال يضحي عنه أبوه أو وصيه من ماله عند أبي حنيفة رحمه اللّه، وقال محمد وزفر والشافعي: يضحي عنه من مال نفسه لا من مال الصغير والخلاف في الأضحية كالخلاف في صدقة الفطر وقيل: لا تجوز التضحية من مال الصغير في قولهم جميعاً، لأن القربة تتأدّى بالإراقة والصدقة بعده تطوّع ولا يجوز ذلك من مال الصغير في قولهم جميعاً، ولأن الإراقة إتلاف والأب لا يملك في مال الصغير كالإعتاق، وكذا التصدق به ولا يمكن الصغير أن يأكل اللحم كله، والأصح أنه يضحي من ماله ويأكل منه ما أمكن ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه كذا ذكر صاحب الهداية، وفي الكافي: الأصح أنه لا يجب ذلك وليس للأب أن يفعله من ماله **أي من مال الصغير،** وقوله: شاة أو سبع بدنة بيان للقدر الواجب، والقياس أن لا تجوز البدنة كلها إلا عن

الوجوب كقول عليه الصلاة والسلام: «من أراد منكم الجمعة فليغتسل»(١). أي من قصد ولم يرد به التخيير اهـ غاية. **قوله: (أي من مال الصغير)** فإن فعل الأب لا يضمن في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعليه الفتوى ويضمن في قول محمد وزفر وإن فعل الوصي يضمن في قول محمد وزفر، واختلف المشايخ في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، قال بعضهم: لا

---

(١) أخرج بنحوه البخاري في الجمعة (٨٧٧)، ومسلم في الجمعة (٨٤٤). والترمذي في الجمعة (٤٩٢).

واحد لإن الإراقة قربة واحدة وهي لا تتجزأ إلا أنا تركناه بالأثر، وهو ما رُوري عن جابر رضي اللّه عنه أنه قال: نحرنا مع رسول اللّه ﷺ البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة، فبقي على أصل القياس وتجوز عن ستة أو خمسة أو ثلاثة ذكره محمد في الأصل، لأنه لما جاز عن السبعة فعمن دونه أولى، ولا تجوز عن ثمانية لعدم النقل فيه فيبقى على الأصل **وكذا إذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع**، ولا يجوز عن الكل لأن بعضه إذا خرج من أن يكون قربة يخرج كله من أن يكون قربة على ما بيناه في الهدى، وقال مالك: تجوز الواحدة عن أهل بيت واحد وإن كانوا أكثر من سبعة ولا تجوز عن أهل بيتين، وإن كانوا/ [١٨٢ب/٣] أقل منها لقوله ﷺ: «على أهل كل بيت في كل عام أضحاة وعتيرة»(١). قلنا: المراد منه واللّه أعلم قيم أهل البيت لأن اليسار له حذف المضاف وأقام المضاف إليه مقامه، يؤيده ما روى على كل مسلم في كل عام أضحاة وعيترة ولو كانت البدنة بين اثنين نصفان يجوز في الأصح لأن نصف السبع **يكون تبعاً لثلاثة الأسباع**، وإذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لأنه موزون، ولو اقتسموه جزافاً لا يجوز إلا إذا كان معه شيء من الأكارع والجلد كالبيع لأن القسمة فيها معنى المبادلة، ولو اشترى بقرة يريد أن يضحي بها عن نفسه ثم اشترك معه ستة أجزأه استحساناً، والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر رحمه اللّه لأنه أعدها للقربة فيمنع عن بيعها تموّلاً، وفي الاشتراك ذلك فلا يجوز وجه الاستحسان أنه قد يجد بقرة سمينة وقد لا يظفر بالشركاء وقت الشراء فيشتريها ثم يطلب الشركاء ولو لم يجز ذلك لحرجوا وهو مدفوع شرعاً، والأحسن أن يفعل ذلك قبل الشراء ولا يشتري حتى يجتمعوا قدر ما يريد من الشركاء ليخرج من الخلاف، وعن صورة الرجوع وعن أبي حنيفة مثل قول زفر.

يضمن كما لا يضمن الأب، وقال بعضهم: إن كان الصبي يأكل لا يضمن وإلا يضمن اهـ قاضيخان. وكتب ما نصه قال في الظهيرية: وفي الوصي اختلاف المشايخ بعضهم قالوا: إن كان الصبي يأكل فلا ضمان على الوصي، وإن كان لا يأكل فعليه الضمان، ومنهم من قال: لا ضمان على الوصي على كل حال وعليه الفتوى اهـ **قوله**: (**وكذا إذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع**) أي لا تجوز من صاحب الكثير كما لا تجوز من صاحب القليل، كما إذا مات الرجل وخلف امرأة وابنا وترك بقرة فضحيا لم تجز عنهما أصلاً لأن نصيب المرأة أقل من السبع اهـ غاية. **قوله**: (**يكون تبعاً لثلاثة الأسباع**) وقال بعضهم: لا تجوز لأن لكل واحد منهما ثلاثة أسباع ونصف سبع ونصف السبع لا يجوز في الأضحية فإذا صار لحماً صار

---

(١) أخرجه الترمذي في الأضاحي (١٥١٨)، والنسائي في الفرع والعتيرة (٤٢٢٤)، وأبو داود في الضحايا (٢٧٨٨).

قال رحمه الله: (ولا يذبح مصري قبل الصلاة وذبح غيره) أي لا يجوز لأهلي المصر أن يذبحوا الأضحية قبل أن يصلوا صلاة العيد يوم الأضحى وذبح غيره أي غير أهل المصر يجوز لهم ذبحها بعد طلوع الفجر قبل أن يصلي الإمام صلاة العيد، والأصل فيه قوله عليه الصلاة السلام: «من ذبح قبل الصلاة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلاة تم نسكه وأصاب سنة المسلمين»[١]. وقال عليه الصلاة والسلام: «إن أوّل نسكنا في هذا اليوم الصلاة ثم الأضحية»[٢]. قال ذلك في حق من عليه صلاة العيد كيلا يشتغل بها عنها فلا معنى للتأخير عن القروي إذ لا صلاة عليه وهو حجة على مالك والشافعي في نفيهما الجواز بعد الصلاة قبل نحر الإمام، والمعتبر في ذلك مكان الأضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر، وفي العكس لا يجوز إلا بعد الصلاة وحيلة المصري إذا أراد التعجيل أن يبعث بها إلى خارج المصر في موضع يجوز للمسافر أن يقصر فيه فيضحي فيه كما طلع الفجر لأن وقتها من طلوع الفجر، وإنما أخرت إلى ما بعد الصلاة في المصر لما ذكرنا وهذا لأنها تشبه الزكاة من حيث أنها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كالزكاة تسقط بهلاك النصاب فيعتبر في الأداء مكان المحل وهو المال لإمكان الفاعل اعتباراً بها بخلاف صدقة الفطر، حيث يعتبر فيها مكان الفاعل لأنها تتعلق في الذمة والمال ليس بمحل لها، ولهذا لا تسقط بهلاك المال بعدما طلع الفجر من يوم الفطر، ولو ضحى بعدما صلى أهل المسجد قبل أن يصلي أهل الجبانة أجزاه استحساناً لأنها صلاة معتبرة حتى لو اكتفوا بها أجزأتهم فيكون الذبح عقيب صلاة معتبرة وإن كان على العكس فعلى القياس **والاستحسان**، وقيل: يجوز قياساً واستحساناً لأن المسنون في صلاة العيد الخروج إلى الجبانة فكان أصلاً والآخر كالخلف عنه، **ولو ذبح بعدما قعد الإمام** قدر التشهد قبل أن يسلم لم يجز خلافاً للحسن ولو لم يصل الإمام العيد في اليوم الأوّل أخروا التضحية إلى الزوال ثم ذبحوا ولا تجزئهم التضحية ما لم يصل الإمام العيد في اليوم الأوّل إلا بعد الزوال فحينئذٍ يجوز لخروج وقتها، وكذا في اليوم الثاني لا يجزئهم قبل الزوال إلا إذا كانوا لا يرجون

الباقي لحماً اهـ **قوله في المتن: (ولا يذبح مصري إلخ)** لم يذكر شرح قوله: فجر يوم النحر إلى آخر أيامه اهـ **قوله: (والمعتبر في ذلك مكان الأضحية)** أي لإمكان المالك اهـ **قوله: (والاستحسان)** أي يجوز استحساناً لا قياساً اهـ **قوله: (ولو ذبح بعد ما قعد الإمام إلخ)** قال في

---

(١) أخرجه البخاري في الأضاحي (٥٥٤٦) من غير قوله «فليعد».

(٢) أخرجه البخاري في الجمعة (٩٧٦) بلفظ «أول نسكنا في يومنا هذا أن نبدأ بالصلاة ثم نرجع إلى فننحر».

أن يصلي الإمام فحينئذٍ تجزئهم قبل الزوال هكذا ذكر في المحيط، وذكر فيه أيضاً أن التضحية في الغد أو بعد الغد تجوز قبل الزوال لأنه فات وقت الصلاة بزوال الشمس في اليوم الأوّل والصلاة في الغد تقع قضاء لا أداء فلا يظهر هذا في حق التضحية، وقال: هكذا ذكره القدوري في شرحه ولو صلى الإمام ثم تبين أنه صلى بغير طهارة تعاد الصلاة دون الأضحية، لأن من العلماء/ من قال: لا يعيد الصلاة إلا [١٨٣/٢/أ] الإمام وحده فكان للاجتهاد فيه مساغاً فجعلناه عذراً في جواز التضحية تحرياً للجواز وصيانة لأضاحيهم عن الفساد، ولو وقعت في البلد فتنة ولم يبق فيها وال ليصلي بهم العيد فضحوا بعد طلوع الفجر أجزأهم لأن البلدة صارت في هذا الحكم كالسواد، ولو شهدوا عند الإمام أنه يوم العيد فصلى ثم انكشف أنه يوم عرفة أجزأتهم الصلاة والتضحية لأنه لا يمكن التحرز عن مثل هذا الخطأ فيحكم بالجواز صيانة لجمع المسلمين، بخلاف ما إذا صلى بغير شهادة لأنه لا يتعذر التحرز عن مثله ووقتها ثلاثة أيام أوّلها أفضلها يروى ذلك عن عمر وعلي وابن عباس موقوفاً عليهم وهو كالمرفوع في مثله من المقادير، لأن الرأي لا يهتدي إليه فيحمل عليه وإنما كان أوّلها أفضل لأن فيه مسارعة إلى الخير، **ويجوز الذبح في لياليها** إلا أنه يكره لاحتمال الغلط في الظلمة وأيام النحر ثلاثة أيام وأيام التشريق أيضاً ثلاثة والكل يمضي بأربعة أيام أوّلها نحر لا غير وآخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها أفضل من التصدق بثمن الأضحية، لأنها تقع واجبة إن كان غنياً، وسنة إن كان فقيراً وهي واجبة عند البعض، وسنة عند البعض، والتصدق بالثمن تطوّع محض فكانت هي أفضل ولأنها تفوت بفوات وقتها والتصدّق لا يفوت فكانت أفضل ونظيره الطواف للآفاقي أفضل من الصلاة، لأنه بالرجوع يفوت بخلاف المكي فإن الصلاة في حقه أفضل لأنها خير ما وضع، ولو لم يضح حتى مضت أيام النحر وكان غنياً وجب عليه أن يتصدق بالقيمة سواء كان اشترى أو لم يشتر، لأنها واجبة في ذمته فلا يخرج عن العهدة إلا بالأداء كالجمعة تقضي ظهراً والصوم بعد العجز فدية، وإن كان فقيراً فإن كان اشترى الأضحية أو أوجب على نفسه بالنذر وجب عليه أن يتصدّق بذلك الذي أوجبه أو اشتراه، لأنها تعينت بالشراء بنية الأضحية أو بالنذر فلا يجزئه غيرها إلا إذا كان قدر قيمتها بخلاف الغني، لأن الأضحية واجبة في ذمته فيجزئه التصدّق بالشاة عنه أو بقيمتها ولا يجب عليه أكثر من ذلك، إلا إذا التزم التضحية بالنذر وعني به غير الواجب في ذمته فحينئذٍ يجب عليه أن يتصدّق بالمنذور كما بينا في حق الفقير مع الواجب الذي في ذمته وهي الشاة التي وجبت بسبب اليسار، وكذا إذا

الجوهرة: فإذا ذبح بعد ما قعد الإمام مقدار التشهيد جاز اهـ **قوله: (ويجوز الذبح في لياليها)**

أطلق النذر ولم يرد به الواجب في ذمته يجب عليه غيره معه، وإن أراد به الواجب بسبب الغنا لا يلزمه غيره لأن النذر إيجاب، والإيجاب ينصرف إلى غير الواجب ظاهراً، **ولكن يحتمل الصرف** إلى الواجب تأكيداً له ونظيره النذر بالحج وعليه حجة الإسلام فإنه يلزمه حجة أخرى إلا إذا عني به ما هو الواجب عليه.

قال رحمه الله: (ويضحى بالجماء) وهي التي لا قرن لها لأن القرن لا يتعلق به مقصود، وكذا مكسورة القرن بل أولى لما قلنا.

قال رحمه الله: (والخصي) وعن أبي حنيفة هو أولى لأن لحمه أطيب وقد صح أنه ﷺ ضحى بكبشين أملحين موجوأين، الأملح: الذي فيه ملحة وهو البياض الذي **يشقه** شعيرات سود وهي من لون الملح، **والموجوء**: **المخصي** الوجاء **هو أن يضرب عروق الخصية بشيء**.

قال رحمه الله: (والثولاء) وهي المجنونة لأنه يخل بالمقصود إذا كانت تعتلف بأن كانت سمينة ولم يمنعها من السوم والرعي، وإن كان يمنعها منه لا يجزئه والجرباء إن كانت سمينة ولم يتلف جلدها جاز لأنه لا يخل بالمقصود.

قال رحمه الله: (**لا بالعمياء والعوراء والعجفاء** والعرجاء) أي التي لا تمشي إلى المنسك أي المذبح لما روي عن البراء بن عازب أنه عليه الصلاة والسلام قال: «أربع لا تجوز في الأضاحي العوراء البين عورها، والمريضة البين مرضها، والعجفاء البين

وقال مالك: لا يجوز الذبح في الليل اهـ **قوله**: (**ولكن يحتمل الصرف إلخ**) قال الكرماني: في مناسكه وإذا اشترى شاة يريد أضحية في ضميره ففي ظاهر المذهب لا تصير أضحية حتى يوجبها بلسانه، لكن المذهب والفتوى على أن ينظر إن كان المشتري غنياً لا يصير واجباً في الروايات كلها لأنها واجبة في ذمته فلا يحتاج إلى التعيين، وإن كان فقيراً ففي ظاهر الرواية يجب أن يتعين بالعقد، فإن وهب له أو تصدق عليه فنوى بقلبه لا تصير أضحية بالإجماع لأن العقد لا يصلح للتعيين في الإيجاب، وكذا لو كانت الشاة عنده فائتمر بقلبه الأضحية لا تصير أضحية بالإجماع، ثم في كل موضع تصير أضحية لا ينبغي أن يبيعها لأن الأضحية لا تباع، فإن باعها قبل مضي أيام النحر أو بعد مضيها نفذ البيع وتصدق بقيمتها عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف لا ينفذ البيع ولا الهبة بل يتصدق لأنه بمنزلة الوقف عنده إلا في خصلة واحدة عنده وهي أن يموت قبل أن يقضي حجه وعمرته فكذا هنا اهـ **قوله**: (**يشقه**) كذا عبر في المغرب اهـ **قوله**: (**والموجوء المخصي**) سيجيء في كلام الشارح في الكراهية أيضاً أن الموجوء هو المخصي **قوله**: (**هو أن يضرب عروق الخصية بشيء**) قلت: المخصي منزوع الخصيتين، والموجوء الذي يلوي عروق الخصية فيصير كالخصي اهـ عيني. **قوله في المتن**: (**لا بالعمياء والعوراء والعجفاء إلخ**) ولا الجدعاء وهي

ظلعها، والكبيرة التي لا تنفي»[١] رواه أبو داود والنسائي وجماعة أخر وصححه الترمذي.

[١٨٣ ب/٣] قال رحمه الله: (ومقطوع أكثر الأذن أو الذنب أو العين أو الألية/) لقول علي رضي الله عنه أمرنا رسول الله ﷺ «أن نستشرف العين والأذن **وأن لا نضحي بمقابلة ولا مدابرة ولا شرقاء** ولا خرقاء»[٢] رواه أبو داود والنسائي وغيرهما وصححه الترمذي. المقابلة قطع من مقدّم أذنها، والمدابرة قطع من مؤخر أذنها، والشرقاء أن يكون الخرق في أذنها طولاً، والخرقاء أن يكون عرضاً، وإن بقي أكثر الأذن جاز، وكذا أكثر الذنب لأن للأكثر حكم الكل بقاء وذهاباً، وهذا لأن العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفواً، **وعن أبي حنيفة** رحمه الله أن الثلث إذا ذهب وبقي الثلثان يجوز، وإن ذهب أكثر من الثلث لا يجوز لأن الثلث ينفذ فيه الوصية من غير إجازة الورثة فاعتبر قليلاً، وفيما زاد لا ينفذ إلا برضاهم فاعتبر كثيراً ويروي عنه الربع لأنه يحكي

مقطوعة الأنف اهـ مناسك الكرماني **قوله: (وأن لا نضحي بمقابلة ولا مدابرة)** قال في المصباح: والمقابلة على صيغة المفعول الشاة التي قطع من أذنها قطعة ولم تبن وتبقى معلقة من قدم فإن كانت من أخر فهي المدابرة، وقدم بضمتين بمعنى المقدم، وأخر بضمتين أيضاً بمعنى المؤخر اهـ **قوله: (ولا شرقاء)** قال الكرماني وتجوز الشرقاء وهي مشقوقة الأذن طولاً وكذا المقابلة وهي التي شقت أذناها من قبل وجهها وهي متدلية وكذا المدابرة وهي التي شقت أذنها من خلفها، وكذا التي على أذنها كي أو سمة اهـ **قوله: (وعن أبي حنيفة إلخ)** قال في المجمع: وقطع ربعها أو ثلثها أو الزائد عليه أو على النصف وبه قالا مانع اهـ قال الولوالجي رحمه الله: ولا يضر الشق في الأذن لأن الفائت بالشق ثلث أو أقل وأنه غير مانع من الجواز، وأصل هذا أن الأذن أو العين الواحدة أوالألية أو ما أشبه ذلك إذا فات كله لا تجوز الأضحية وإذا فات بعضه إن كان الفائت كثيراً لا تجوز الأضحية وإن كان الفائت قليلاً تجوز تكلموا في حد الكثير فالزيادة على النصف في حد الكثرة بالإجماع، وأما النصف فعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله روايتان في ظاهر الرواية عنهما أنه في حد الكثرة، وإن كان أقل من النصف لكن أكثر من الثلث اتفقت الروايات عن أبي يوسف ومحمد أنه في حد القلة واتفقت الروايات عن أبي حنيفة أنه في حد الكثرة، وإن كان الفائت أقل من الثلث اتفقت الروايات عن أبي حنيفة أنه في حد القلة إلا في رواية عنه أن الربع في حد الكثرة، وإن كان الفائت الثلث اختلفت الروايات عن أبي حنيفة رحمه الله

---

(١) أخرجه النسائي في الضحايا (٤٣٧٠)، وابن ماجه في الأضاحي (٣١٤٤)، وأبو داود في الضحايا (٢٨٠٢).

(٢) أخرجه الترمذي في الأضاحي (١٤٩٨)، والنسائي في الضحايا (٤٣٧٣)، وأبو داود في الضحايا (٢٨٠٤).

حكاية الكل ويروي أن ذهاب الثلث مانع لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث الوصية «الثلث والثلث كثير»(١)، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما اللّه: إذا بقي أكثر من النصف أجزأه اعتباراً للحقيقة وهو اختيار أبي الليث، وقال أبو يوسف: أخبرت بقولي أبا حنيفة قال: قولي: قولك: قيل: هو رجوع إلى قول أبي يوسف: وقيل: معناه قولي قريب من قولك، وفي كون النصف مانعاً روايتان عنهما وتأويل ما روينا إذا كان بعض الأذن مقطوعاً على اختلاف الروايات لأن مجرد الشق من غير ذهاب شيء من الأذن لا يمنع، ثم معرفة مقدار الذاهب والباقي متيسر في غير العين، وفي العين قالوا: يشد عينها المعيبة بعد أن جاعت ثم يقرب العلف إليها قليلاً قليلاً فإذا رأته في موضع علم ذلك الموضع ثم يشدّ عينها الصحيحة ويقرب العلف إليها شيئاً فشيئاً حتى إذا رأته من مكان علم عليه، ثم ينظر ما بينهما من التفاوت فإن كان نصفاً أو ثلثاً أو غير ذلك فالذاهب هو ذلك القدر، **والهتماء لا تجوز وهي التي لا أسنان لها**، وعن أبي يوسف رحمه اللّه أنه يعتبر في الأسنان الكثرة والقلة كالأذن والذنب، وعنه أنه إن بقي ما يمكن الاعتلاف به أجزأه لحصول المقصود **والسكاء وهي التي لا**

ذكر في ظاهر الرواية أنه في حد القلة، وروي عنه أنه في حد الكثرة، ولا فقه فيه سوى أن الشرع جعل ما زاد على الثلث في باب الوصية كثيراً لقوله عليه الصلاة والسلام: للذي سأله عن الوصية بجميع المال قال: «الثلث والثلث كثير» هذا في العين والأذن والألية والضرع اهـ وقال في فتاوى قاضيخان: ولا تجوز المريضة البين مرضها في الأضحية، ولا التي يبس ضرعها أو قطع ضرعها، فإن ذهب بعض ضرعها فهو على الخلاف الذي ذكرنا في الأذن والعين والألية إذا كان الذاهب أكثر من الثلث وأقل من النصف لا يجوز في ظاهر الرواية عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد إذا كان الذاهب أقل من النصف جاز، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه اللّه وإن كان الذاهب نصفاً، فعن أبي يوسف فيه روايتان والصحيح أن الثلث وما دونه قليل وما زاد عليه كثير وعليه الفتوى اهـ وقال في الجوهرة: والأظهر أن عند أبي حنيفة أن الثلث في حد القليل وما زاد عليه في حد الكثير اهـ وقال الكرماني في مناسكه فإن كانت الفائت من العين الواحدة أو الأذن الواحدة الثلث أو الأقل جاز عند أبي حنيفة، وإن كان أكثر منه لا يجوز وهو الأصح اهـ **قوله: (والهتماء لا تجوز وهي التي لا أسنان لها)** أي سوء اعتلفت أو لم تعتلف لأن الأسنان بمنزلة الأذنين على ما ذكرنا، وفي رواية تجوز إذا كانت تعتلف وهو الأصح لأنها حينئذٍ صارت بمنزلة الصحيحة، كذا في مناسك الكرماني(٢)، وفي المجمع ويضحي بالجماء والخصى والثولاء والهتماء التي تعتلف اهـ

---

(١) أخرجه البخاري في الوصايا (٢٧٤٢)، ومسلم في الوصية (١٦٢٨).

(٢) هو لمحمد بن مكرم بن شعبان الكرماني الحنفي المتوفى بعد سنة (٩٧٥هـ).

أذن لها خلقة لا تجوز، وإن كان صغيراً يجوز، ولا تجوز الجلالة **وهي التي تأكل العذرة ولا تأكل غيرها**، ولا الجذاء وهي المقطوعة ضرعها، ولا المصرمة وهي التي لا تستطيع أن ترضع فصيلها، **ولا الجداء** وهي التي يبس ضرعها ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع من التضحية كان عليه أن يقيم غيره مقامها إن كان غنياً، وإن كان فقيراً يجزؤه ذلك لأن الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم يتعين بالشراء، والفقير ليس عليه واجب شرعاً فتعينت بشراؤه بنية الأضحية ولا يجب عليه ضمان نقصانها لأنها غير مضمونة عليه فأشبهت نصاب الزكاة، وعن أبي سعيد أنه قال: اشتريت كبشاً أضحي به فعدا الذئب فأخذ الألية قال: فسألت النبي ﷺ فقال: «ضح به»[1] رواه أحمد. ويحمل على أنه كان فقيراً لأن الغني لا يجزؤه لوجوبها في ذمته، ولا كذلك الفقير لأنها لا تجب عليه وإنما تعينت بالشراء في حقه حتى لو أوجب الفقير أضحية على نفسه بغير عينها فاشترى أضحية صحيحة ثم تعيبت عنده فضحى بها لا يسقط عنه الواجب لأنه وجب عليه أضحية كاملة بالنية من غير تعيين كالموسر، وكذا لو كانت معيبة وقت الشراء جاز ذبحها لما ذكرنا أنه ليس بواجب عليه، وعلى هذا الأصل إذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها أخرى، ولا شيء على الفقير ولو ضلت أو سرقت فاشترى أخرى ثم ظهرت الأولى في أيام النحر، على الموسر ذبح إحداهما، وعلى المعسر ذبحهما، وذكر الزعفراني في رجل اشترى شاة للأضحية وأوجبها أضحية فضلت منه ثم اشترى مثلها وأوجبها أضحية ثم وجدت الأولى، فإن أوجب الثانية إيجاباً مستأنفاً فعليه أن يضحي بهما، وإن أوجبها/ بدلاً [١٨٤/٣/١] عن الأولى فإن له أن يذبح أيهما شاء لأن الإيجاب متحد فاتحد الواجب، وهذا بناء على أصله أن الفقير إذا اشترى شاة بنية الأضحية لا تتعين لها عنده حتى يجعلها بعد ذلك للأضحية بالإيجاب لأن الشراء لم يوضع للإيجاب ولا يحتمل المجاز عنه لعدم

قوله: (والسكاء وهي التي لا أذن لها إلخ) لأنه فات عنه عضو كامل اهـ مناسك الكرماني. **قوله: (وهي التي تأكل العذرة ولا تأكل غيرها)** ويجيء منه ريح منتن ولا يشرب لبنها ولا يؤكل لحمها بل تحبس حتى يطيب ويذهب نتنها اهـ كرماني. **قوله: (ولا الجداء)** الجدّاء بالجيم ما لا لبن لها من كل حلوبة لآفة أيبست ضرعها والجداء من النساء صغيرة الثدي اهـ نهاية ابن الأثير (فرع) ولا يضحي بالخنثى لأنه لا يمكن إنضاج لحمها هكذا كان يحكي والدي عن الشيخ ظهير الدين المرغيناني، ومن المشايخ من يذكر في هذا الفصل أصلاً ويقول: كل عيب يزيل المنفعة على الكمال أو الجمال على الكمال يمنع، وما لا يكون

---

(١) أخرجه ابن ماجه في الأضاحي (٣١٤٦)، وأحمد في مسنده (١٠٨٨١) واللفظ له.

الموافقة بينهما في المعنى الخاص، لأن الشراء موضوع لاستجلاب الملك، والنذر بالأضحية موضوع للإزالة فكان بينهما مضادة، وفي ظاهر الرواية يتعين للأضحية بالشراء لأن الشراء من الفقير بنية الأضحية بمنزلة النذر عرفاً، وعادة لأنا لا نجد في العرف فقيراً اشترى شيئاً للأضحية إلا ويضحي بها لا محالة فكان بها ملتزماً، ولو أضجعها ليذبحها في يوم النحر فاضطربت فانكسرت رجلها فذبحها أجزأته استحساناً خلافاً لزفر والشافعي رحمهما اللّه، لأن حالة الذبح ومقدّماته ملحق بالذبح فصار كأنه تعيب بالذبح حكماً، وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم أخذت من فورها، وكذا بعد فورها عند محمد خلافاً لأبي يوسف رحمه اللّه لأنه حصل بمقدّمات الذبح.

قال رحمه اللّه: (والأضحية من الإبل والبقر والغنم) لأن جواز التضحية بهذه الأشياء عرف شرعاً بالنص على خلاف القياس فيقتصر عليها، **ويجوز بالجاموس** لأنه نوع من البقر بخلاف بقر الوحش حيث لا يجوز التضحية به لأن جوازها عرف بالشرع في البقر الأهلي دون الوحشي والقياس ممتنع، **وفي المتولد منهما تعتبر الأم** وكذا في حق الحل تعتبر الأم.

قال رحمه اللّه: (وجاز الثنى من الكل والجذع من الضأن) **لقوله عليه الصلاة والسلام**: «**لا تذبحوا** إلا مسنة إلا أن يعسر عليكم **فتذبحوا جذعة من الضأن**»[1] رواه

بهذه الصفة لا يمنع اهـ ظهيرية. **قوله**: (**ويجوز بالجاموس**) وقال في خلاصة الفتاوي: والجاموس يجوز في الضحايا والهدايا استحساناً اهـ إتقاني. **قوله**: (**وفي المتولد منهما تعتبر الأم**) قال الإتقاني: قال في خلاصة الفتاوي: ولو نزا كلب على شاة فولدت قال عامة المشايخ: لا يجوز، وقال الإمام الخيزاخزي: إن كان يشبه الأم يجوز ولو نزا شاة على ظبي قال الإمام الخيزاخزي: إن كان يشبه الأب يجوز، ولو نزا ظبي على شاة قال عامة المشايخ: يجوز، وقال الإمام الخنزاخزي: العبرة للمشابهة كذا في الخلاصة اهـ وكتب ما نصه: فإن كانت أهلية يجوز، وإلا فلا حتى لو أن بقرة أهلية نزا عليها ثور وحش فولدت ولداً فإنه يجوز أن يضحي به، وإن كانت البقرة وحشية والثور أهلياً لم يجز لأن الأصل في المتولد الأم لأنه ينفصل عن الأم وهو حيوان متقوم تتعلق به الأحكام وليس ينفصل من الأب إلا ماء مهنياً لا خطر له ولا يتعلق به حكم، وقيل: إذا نزا ظبي على شاة أهلية فأولدت شاة يجوز التضحية بها، وإن ولدت ظبياً لا يجوز وقيل: إن ولدت الرمكة من حمار وحش حماراً لا يؤكل، وإن ولدت فرساً فحكمه حكم الفرس اهـ بدائع. **قوله**: (**لقوله ﷺ**: «**لا تذبحوا**» **إلخ**) رواه الإتقاني عن صاحب السنن بإسناده إلى جابر اهـ **قوله**: (**فيذبحوا جذعة من الضان**) وجه

---

(١) أخرجه مسلم في الأضاحي (١٩٦٣)، وأبو داود في الضحايا (٢٧٩٧).

البخاري ومسلم وأحمد وجماعة. وقال عليه الصلاة والسلام: «يجوز الجذع من الضأن أضحية»[١] رواه أحمد وابن ماجه. وقالوا: **هذا إذا كان الجذع** عظيماً بحيث لو خلط بالثنيات يشتبه على الناظر من بعد، والجذع من الضأن ما تمت له ستة أشهر **عند الفقهاء**، وذكر الزعفراني أنه ابن سبعة أشهر، والثني من الضأن، والمعز ابن سنة، ومن البقر اين سنتين ومن الإبل ابن خمس سنين وفي المغرب الجذع من البهائم قبل الثني إلا أنه من الإبل قبل السنة الخامسة، ومن البقر والشاة في السنة الثانية، ومن الخيل في الرابعة، وعن الزهري الجذع من المعز لسنة، ومن الضأن لثمانية أشهر.

قال رحمه الله: (وإن مات أحد السبعة وقال الورثة: اذبحوا عنه وعنكم صح، وإن كان شريك الستة نصرانياً أو مريد اللحم لم يجز عن واحد منهم) ووجه الفرق أن البقرة تجوز عن سبعة بشرط قصد الكل القربة واختلاف الجهات فيها لا يضر **كالقران** والمتعة والأضحية لاتحاد المقصود وهو القربة، وقد وجد هذا الشرط في الوجه الأوّل لأن التضحية عن الغير عرفت قربة لأنه عليه الصلاة والسلام ضحى عن أمته ولم توجد القربة في الوجه الثاني لأن النصراني ليس من أهلها، وكذا قصد اللحم من المسلم

الاستدلال به أن النبي ﷺ أمر بذبح المسنة، والثني مسنة فيجوز ذبحه من الأنواع الثلاثة قياساً واستحساناً، وأما الجذع من الضان فيجوز استحساناً لا قياساً، وجه القياس أن الجذع من الإبل والبقر والمعز لا يجوز، فكذا من الضان لأن هذه جذعة وجه الاستحسان حديث جابر وغيره، وروى أصحابنا في كتبهم عن أبي هريرة قال: سمعت النبي ﷺ قال: «نعمت الأضحية الجذع من الضأن». وروى محمد في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم في الجذع من الضأن يضحي به قال: يجزئ والثني أفضل اهـ غاية. **قوله: (وقالوا: هذا إذا كان الجذع إلخ)** وإن كانت صغيرة الجثة لا يجوز إلا أن يتم لها سنة وطعنت في السنة الثانية، وأما البقر لا يجوز إلا ما تمت لها سنتان وطعنت في السنة الثالثة سواء كانت عظيمة الجثة أو صغيرة الجثة اهـ إتقاني. **قوله: (عند الفقهاء)** قيد به لأنه عند أهل اللغة الجذع من الشاة ما تمت له سنة اهـ **قوله: (كالقران إلخ)** وإن أراد أحدهم العقيقة عن ولد ولد له من قبل جاز لأن ذلك جهة التقرب إلى الله بالشكر على ما أنعم من الولد كما ذكر محمد في نوادر الضحايا، ولم يذكر ما إذا أراد أحدهم الوليمة وهي ضيافة التزوّج، وينبغي أن تجوز لأنها إنما تقام شكراً على نعمة النكاح وقد وردت السنة بذلك قال ﷺ: «أولم ولو بشاة» اهـ بدائع. (فرع) في البدائع ولو أرادوا القربة الأضحية أو غيرها من القرب أجزأهم سواء كانت القربة واجبة أو تطوعاً، أو وجب على البعض دون البعض وسواء اتفقت جهات القربة أو اختلفت بأن أراد أحدهم الأضحية، وبعضهم جزاء الصيد، وبعضهم هدى

---

(١) أخرجه ابن ماجه في الأضاحي (٣١٣٩)، وأحمد في مسنده (٢٦٥٣٣).

ينافيها، وإذا لم يقع البعض قربة خرج الكل من أن يكون قربة لأن الإراقة لا تتجزأ وهذا استحسان، والقياس أن لا يجوز وهو رواية عن أبي يوسف لأنه ينزع بالإتلاف فلا يجوز عن غيره كالإعتاق عن الميت، قلنا: القربة تقع عن الميت كالتصدّق لما روينا بخلاف الإعتاق لأن فيه إلزام الولاء للميت، **ولو كان بعض الشركاء صغيراً** أو أم ولد بأن ضحى عن الصغير أبوه وعن أم الولد مولاها، وإن لم يجب عليهما جاز لأن كلها وقعت قربة ولو ذبحوها بغير إذن الورثة فيما إذا مات أحدهم لا يجزؤهم لأن بعضها لم يقع قربة بخلاف ما تقدّم لوجود الأذن من الورثة.

قال رحمه الله: (ويأكل من لحم الأضحية ويؤكل غنياً ويدخر) لما روي/ [١٨٤ب/٣] أنه عليه الصلاة والسلام «نهى عن أكل لحوم الضحايا بعد ثلاثة أيام ثم قال: بعد **كلوا وتزوّدوا** وادّخروا»[١] رواه مسلم والنسائي. وقال عليه الصلاة والسلام: «فيه بعد النهي عن الادّخار كلوا وأطعموا وادّخروا» الحديث رواه مسلم والبخاري وأحمد، والنصوص فيه كثيرة وعليه إجماع الإمة ولأنه لما جاز له أن يأكل منه وهو غني فأولى أن يجوز له إطعام غيره وإن كان غنياً.

الإحصار، وبعضهم هدى التطوع، وبعضهم دم المتعة والقران، وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر: لا يجوز إلا إذا اتفقت جهات القربة وجه قول زفر أن القياس يأبى الاشتراك لأن الذبح فعل واحد لا يتجزأ فلا يتصور أن يقع بعضه عن جهة وبعضه عن جهة أخرى لأنه لا بعض له إلا أن عند الاتحاد جعلت الجهات كجهة واحدة، وعند الاختلاف لا يمكن فبقي الأمر فيه مردوداً إلى القياس، ولنا أن الجهات وإن اختلفت صورة فهي في المعنى واحد لأن المقصود من الكل التقرب إلى اللّه تعالى، وكذلك إن أراد بعضهم العقيقة عن ولد ولد له من قبل لأن ذلك جهة التقرب إلى اللّه تعالى بالشكر على ما أنعم عليه من الولد، كذا ذكر محمد رحمه اللّه في نوادر الضحايا ولم يذكر ما إذا أراد أحدهم الوليمة وهي ضيافة التزوج، وينبغي أن يجوز لأنها إنما تقام شكر اللّه تعالى على نعمة النكاح، وقد وردت السنة بذلك عن رسول اللّه ﷺ أنه قال: «أولم ولو بشاة». فإذا أراد بها الشكر أو إقامة السنة فقد أراد بها التقرب إلى اللّه تعالى، وقد ورد عن أبي حنيفة أنه كره الاشتراك عند اختلاف الجهة وروي عنه أنه قال: إذا كان هذا من نوع واحد فكان أحب إلي، وهكذا قال أبو يوسف اهـ بدائع. **قوله**: (**ولو كان بعض الشركاء صغيرا إلخ**) ولو كان أحد الشركاء عبداً أو مدبراً وهو يريد الأضحية لا يجوز لأن نيته باطلة لأنه ليس من أهل هذه القربة اهـ بدائع. **قوله**: (**كلوا وتزودوا إلخ**) روى البخاري بسنده إلى سلمة بن الأكوع قال: قال النبي ﷺ:

---

(١) أخرجه البخاري في الأضاحي (٥٥٦٩)، ومسلم في الأضاحي (١٩٧٢)، والنسائي في الضحايا (٤٤٢٦)، وأحمد في مسنده (١١١٤٩).

قال رحمه الله: (وندب أن لا ينقص الصدقة من الثلث) لأن الجهات ثلاثة الإطعام والأكل والادّخار لما روينا، **ولقوله تعالى:** ﴿**وأطعموا القانع والمعتر**﴾ [الحج: ٣٦] أي: السائل والمعترض للسؤال فانقسم عليها أثلاثاً، وهذا في الأضحية الواجبة والسنة سواء إذا لم تكن واجبة بالنذر، وإن وجبت بالنذر فليس لصاحبها أن يأكل منها شيئاً ولا أن يطعم غيره من الأغنياء سواء كان الناذر غنياً أوفقيراً، لأن سبيلها التصدّق وليس للمتصدّق أن يأكل من صدقته ولا أن يطعم الأغنياء.

قال رحمه الله: (ويتصدق بجلدها أو يعمل منه نحو غربال وجراب) لأنه جزء منها فكان له التصدّق والانتفاع به، ألا ترى أن له أن يأكل لحمها ولا بأس بأن يشتري به ما ينتفع بعينه مع بقائه استحساناً وذلك مثل ما ذكرنا لأن للبدل حكم المبدل ولا يشتري به مالاً ينتفع به إلا بعد الاستهلاك نحو اللحم والطعام، ولا يبيعه بالدراهم لينفق الدراهم على نفسه وعياله والمعنى فيه أنه لا يتصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح حتى لا يبيعه بما لا ينتفع به إلا بعد الاستهلاك، **ولو باعهما** بالدراهم ليتصدق بها جاز لأنه قربة كالتصدّق بالجلد واللحم وقوله عليه الصلاة والسلام: «من باع جلد أضحيته فلا أضحية له»[٢] يفيد كراهية البيع. وأما البيع فجائز لوجود الملك والقدرة على التسليم **ولا يعط أجرة الجزار** منها شيئاً لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه: «تصدّق بجلالها وخطامها ولا تعط أجر الجزار منها

«من ضحى منكم فلا يصبحن بعد ثلاثة وفي بيته منه شيء فلما كان العام المقبل قالوا: يا رسول الله نفعل كما فعلنا العام الماضي قال: كلوا وأطعموا وادخروا فإن ذلك العام كان بالناس جهد فأردت أن تعينوا فيها». وقال في شرح الطحاوي: ولا يجوز الأكل من الدماء إلا من أربعة من الأضحية ودم المتعة ودم القران ودم التطوع إذا بلغ محله وهو الحرم يعني لا يجوز الأكل من دماء الكفارات والنذور وهدى الإحصار وهدى التطوع إذا لم يبلغ محله، وقد مر ذلك في كتاب الحج اهـ غاية **قوله: (ولقوله تعالى:** ﴿**وأطعموا القانع والمعتر**﴾ [لحج: ٣٦]) قال الإتقاني: والقانع السائل من قنعت إليه إذا خضعت له وسألته قنوعاً والمعتر المتعرض بغير سؤال، أو القانع الراضي بما عنده وبما يعطي بغير سؤال: من قنعت قنعاً وقناعة والمعتر والمتعرض للسؤال، كذا في الكشاف قال الزمخشري: في نصائحه الكبار يا أبا القاسم اقنع من القناعة لا من القنوع تستغن عن كل معطاء ومنوع اهـ **قوله: (ولو باعهما)** أي الجلد واللحم اهـ **قوله: (ولا يعط أجرة الجزار إلخ)** أما لو أعطاه لفقره أو على وجه الهدية

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع (٢٠٤٨)، ومسلم في النكاح (١٤٢٧)، والترمذي في النكاح (١٠٩٤).

(٢) أخرجه البيهقي في سننه (٩/ ٢٩٤).

شيئاً »(١). والنهي عنه نهى عن البيع لأنه في معنى البيع لأنه يأخذه بمقابلة عمله فصار معاوضة كالبيع، ويكره أن يجز صوفها قبل الذبح فينتفع به لأنه التزم إقامة القربة بجميع أجزائها بخلاف ما بعد الذبح لأن القربة قد أقيمت بها والانتفاع بعدها مطلق له، ويكره له الانتفاع بلبنها كما في الصوف ومن أصحابنا ما أجاز الانتفاع للغني بلبنها وصوفها لأن الواجب في حقه في الذمة فلا يتعين.

قال رحمه اللّه: (وندب أن يذبح بيده إن علم ذلك) لأن الأولى في القربة أن يتولاها الإنسان بنفسه وإن أمر به غيره فلا يضر لأنه عليه الصلاة والسلام « ساق مائة بدنة فنحر منها بيده نيفاً وستين ثم أعطى المدية علياً فنحر الباقي »(٢)، وإن كان لا يحسن ذلك **فالأفضل أن يستعين بغيره** كيلا يجعلها ميتة، ولكن ينبغي له أن يشهدها بنفسه لقوله ﷺ لفاطمة: « قومي فاشهدي أضحيتك **فإنه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب** »(٣).

قال رحمه اللّه: **(وكره ذبح الكتابي)** لأنه قربة وهو ليس من أهلها ولو أمره فذبح جاز لأنه من أهل الذكاة والقربة أقيمت بإنابته ونيته بخلاف ما إذا أمر المجوسي لأنه ليس من أهل الذكاة فكان إفساداً لا تقرّباً.

قال رحمه اللّه: (ولو **غلطا** وذبح كل أضحية صاحبه صح ولا يضمنان) وهذا

فلا بأس به اهـ **قوله: (فالأفضل أن يستعين بغيره إلخ)** ولأنها قربة مالية والنيابة في الماليات جائزة كما في الزكاة اهـ غاية. **قوله: (فإنه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب)** قال أبو سعيد الخدري: يا نبي اللّه هذا لآل محمد خاصة فإنهم أهل لما خصوا به من خير أم لآل محمد والمسلمين عامة، وقال: لآل محمد خاصة والمسلمين عامة اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (وكره ذبح الكتابي)** وقال مالك: لا يجوز أن يذبحها إلا مسلم وهكذا حكي عن أحمد لما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال: « لا يذبح ضحايا كم إلا طاهر »(٤). وقال جابر: لا يذبح النسك إلا مسلم ولنا أن من جاز له ذبح غير الأضحية جاز له ذبح الأضحية، ويجوز أن يتولى الكافر ما كان قربة لمسلم كبناء المساجد والقناطر اهـ **قوله في المتن: (ولو غلطا إلخ)** قال أبو العباس: قوله: غلطا هذا شرط لأنه قد ذكر في نوادر ابن سماعة عن محمد لو تعمد الرجل فذبح أضحية رجل عن نفسه لم يجز عن صاحب الأضحية، ولا

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى (٥ / ٣٤١) بنحوه.

(٢) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى (٥ / ٢٤٠).

(٣) ذكره الزيلعي في نصب الراية في الأضحية (٤ / ٢١٩).

(٤) ذكره الزيلعي في نصب الراية في الأضحية (٤ / ٢١٨) كنت نهية عن لحو الأضاحي فكلوا منها وادخروا.

استحسان، والقياس أن لا تجوز الأضحية ويضمن كل واحد منهما لصاحبه، **وهو قول زفر** رحمه اللّه: لأنه متعدّ بالذبح بغير أمره فيضمن كما إذا ذبح شاة اشتراها القصاب والتضحية قربة فلا تتأدّى بنية غيره وجه الاستحسان أنه تعينت للذبح لتعينها للأضحية حتى وجب عليه أن يضحي بها بعينها **في أيام النحر**، **ويكره أن يبدل بها غيرها** فصار المالك مستعيناً بمن [يكون أهلاً للذبح فصار مأذوناً له دلالة لأنها تفوت بمضي هذه الأيام، ويخاف أن](١) يعجز عن إقامتها لعارض يعتريه فصار كما إذا ذبح شاة شدّ/ القصاب رجلها، وكيف لا يأذن له وفيه مسارعة إلى الخير وتحقيق [١٨٥ ا/٣] ما عينه ولا يبالي بفوات مباشرته وشهود لحصول ما هو أعظم من ذلك وهو ما بيناه فيصير أذناً دلالة وهو كالصريح ومن هذا الجنس مسائل استحسانية لأصحابنا ذكرناها في الإحرام عن الغير، ثم إذا جاز ذلك عنهما يأخذ كل واحد منهما أضحيته إن كانت باقية ولا يضمنه لأنه وكيله، فإن كان كل واحد منهما أكل ما ذبحه يحلل كل واحد منهما صاحبه فيجزؤه، لأنه لو أطعمه الكل في الابتداء يجوز، وإن كان غنياً فكذا له أن يحلله في الانتهاء، وإن تشاحا كان لكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة

يشبه العمد الغلط وفي الغلط جاز عن صاحبه: وفي العمد لم يجز ولو أن صاحب الأضحية ضمن الذابح قيمة الأضحية في العمد جازت الأضحية عن الذابح، كذا في الغاية وسيجيء هذا الفرع في كلام الشارح آخر الباب اهـ **قوله**: (**وهو قول زفر**) أي وبه قالت الأئمة الثلاثة اهـ **قوله**: (**في أيام النحر**) أي فيما إذا كان فقيراً واشتراها بنية الأضحية اهـ **قوله**: (**ويكره أن يبدل بها غيرها**) أي إذا كان غنياً ولكن يجوز استبدا لها بخير منها عند أبي حنيفة ومحمد، (فرع في البدائع) غصب شاة إنسان فضحى بها عن نفسه لم يجز لعدم الملك ولا عن صاحبها لعدم الإذن ثم إن أخذها صاحبها مذبوحة وضمنه النقصان ؤكذلك لا تجوز عن الأضحية عنهما وعلى كل واحد منهما أن يضحي بأخرى لما قلنا، وإن ضمنه صاحبها قيمتها حية فإنها تجزئ عن الذابح لأنه ملكها بالضمان من وقت الغصب بطريق الاستناد فصار ذابحاً شاة هي ملكه فيجزؤه، لكنه يأثم لأن ابتداء فعله وقع محظوراً فتلزمه التوبة والاستغفار وهذا قول أصحابنا الثلاثة، وقال زفر: لا تجزئ عن الذابح أيضاً بناء على أن المضمونات تملك بالضمان عندنا، وعند زفر لا تملك وبه أخذ الشافعي، وأصل المسألة في كتاب الغصب، وكذا إذا غصب شاة إنسان كان اشاشتراها للأضحية فضحى بها عن نفسه بغير أمره لما قلنا، وكذا الجواب في الشاة المستحقة اهـ (فرع آخر) قال الولوالجي: رجل ضحى شاة نفسه عن غيره لم يجز سواء كان بأمره أو بغير أمره لأنه لا يمكن تصحيح النية عنه إلا بإثبات الملك في الشاة ولن يثبت إلا بالقبض، ولم يوجد قبض الأمر لا بنفسه ولا بنائبه اهـ

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

لحمه ثم يتصدّق بتلك القيمة لأنه بدل عن اللحم فصار كما لو باع أضحيته، وهذا لأن التضحية لما وقعت عن المالك كان اللحم له ومن أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه، **وذكر في المحيط مطلقاً** من غير قيد فقال: ذبح أضحية غيره بلا أمره جاز استحساناً، ولا يضمن لأنه في العرف لا يتولى صاحب الأضحية ذبحها بنفسه بل يفوّض إلى غيره فصار مأذوناً له دلالة كالقصاب إذا شدّ رجل شاته للذبح فذبحها إنسان بغير إذنه لا يضمن، ولو باع أضحيته واشترى بثمنها غيرها، فإن كان الثاني أنقص من الأوّل تصدّق بما فضل ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها، وجاز عن أضحيته لأنه ملكها بالغصب السابق بخلاف ما لو كانت وديعة فإنه يضمنها بالذبح فلم يثبت له الملك إلا بعده، ولو ذبح أضحية غيره بغير أمره عن نفسه فإن ضمنه المالك قيمتها تجوز عن الذابح دون المالك لأنه ظهر أن الإراقة حصلت على ملكه على ما بينا في المغصوبة، وإن أخذها مذبوحة أجزأت المالك عن التضحية لأنه قد نواها فلا يضره ذبحها غيره على ما بينا والله أعلم.

قوله: (وذكر في المحيط مطلقاً) وقد ذكر في إملاء محمد بن الحسن رواية محمد بن حميد الرازي قال محمد: لو ذبح الأضحية متعمداً عن صاحبها يوم النحر، ولم يأمره بذلك أجؤاه أيضاً لأنها إنما هيئت للذبح في ذلك وهو استحسان اهـ غاية.



فهرس الجزء السادس

من كتاب

تبيين الحقائق

شرح كنز الدقائق



فهرس الجزء السادس